

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME MILKEVICZ

O Kelsen Crítico e a Crítica a Kelsen

CURITIBA

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME MILKEVICZ

O Kelsen Crítico e a Crítica a Kelsen

Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para a conclusão de curso, em 2013. Trabalho realizado sob orientação do Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig.

Banca avaliadora composta pelos professores:

Celso Luiz Ludwig; Abili Lázaro Castro de Lima e Ricardo Prestes Pazello

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME MILKEVICZ

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



CELSON LUIZ LUDWIG
Orientador

Goorientador



ABIL LÁZARO CASTRO DE LIMA
Primeiro Membro



RICARDO PRESTES PAZELLO - Direito Público
Segundo Membro



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **GUILHERME
MILKEVICZ**

Aos doze dias do mês de dezembro do ano de 2013, às 10:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) GUILHERME MILKEVICZ, sobre o tema, "...". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, CELSO LUIZ LUDWIG (Orientador), (Coorientador), ABILI LÁZARO CASTRO DE LIMA e RICARDO PRESTES PAZELLO - Direito Público, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0 , 10,0 , 10,0 e — ; perfazendo a média igual a 10,0 .

Obs.

Curitiba - PR, 12 de dezembro de 2013.


CELSON LUIZ LUDWIG

Orientador


ABILI LÁZARO CASTRO DE LIMA

1º Membro


Coorientador

RICARDO PRESTES PAZELLO - Direito
Público

2º Membro

AGRADECIMENTOS

Recuso-me a seguir em frente sem olhar para trás. Não há nada mais equivocado do que pensar que se segue em frente sem o legado do passado. Seguir verdadeiramente “em frente” é rejeitar a ideia de progresso e criar uma zona indiscernível, um tempo não cronológico monadicamente uno entre passado-presente-futuro.

Primeiramente, agradeço à minha mãe, Margarete Aparecida Milkevicz e ao meu pai Laurentino Milkevicz. Muito mais que viabilizarem as condições materiais para que eu concluísse a Faculdade de Direito, jamais recusaram apoio de qualquer ordem. Agradeço, em especial, por terem me educado para a liberdade, nada poderia ter sido mais precioso. Em tempos de evidente miséria existencial, de incapacidade de contemplar a diferença radical da alteridade, ter sido educado para a liberdade é o que me permitiu amar o novo.

Aos meus dois irmãos, Lenyny Milkevicz e João Pedro Milkevicz, por quem eu sou absolutamente apaixonado. Meus irmãos representam uma das experiências de amor mais intensas, amor fraterno irreduzível. Dois autênticos alicerces na minha vida.

Não posso deixar de olvidar as infalíveis orações de minha avó Maria José Vieira. Peço que todos os demais familiares que colaboraram para essa conquista se sintam igualmente contemplados. É impossível citar todos.

A experiência dos cinco anos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná foi a mais engrandecedora de minha vida. Muitos colaboraram para isso, mas o grande diferencial de ter estudado nessa Faculdade sequer foi a qualidade do ensino e sim a presença de amigas e amigos.

Minhas amigas e meus amigos da vida cotidiana, entrar, no futuro, nas dependências da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e nos os ver será uma experiência dolorosa. Todo espaço é um espaço sensível. A frigidez das úmidas e labirínticas paredes da Santos Andrade foi sempre bloqueada graças à aura afetuosa que emana de vocês. Meus trejeitos quase sempre escamotearam a dimensão do carinho que sinto por vocês, ainda assim, como medíocre redenção, eu os immortalizo na minha memória. Desejo, profundamente, que o devir não nos afaste por completo, que o futuro nos recolha outras vezes, ainda que apenas eventualmente, pois o Evento é o prelúdio da eternidade. Alice, Clarissa, Hermínia, Hugo, Moira, Rodolfo, Victor, Yuri.

Meu ímpar e *gauche* amigo, Victor Romfeld, ter chegado ao crepúsculo dessa faculdade foi indescritivelmente mais simples graças ao teu espírito solidário. Sempre amigo, jamais me negou ajuda (nem a todos os demais colegas), mesmo carregando o grande fardo de ser o representante de turma por esses cinco anos. Calendários de provas, descrição e organização dos eventos de cada semana, os pontinhos e trabalhinhos salvadores. Agradeço por tudo, amigo.

Agradeço aos colegas que ressignificaram minha experiência na Faculdade de Direito. Amigos e amigas a quem eu devo intelectual e eticamente muito. Colegas do Grupo PET-Direito, lugar que foi um verdadeiro refúgio e sustentáculo para os momentos mais críticos. Certamente eu não teria resistido a um ambiente amiúde hostil sem a ajuda dessas pessoas.

Agradeço ao Professor Celso Luiz Ludwig, pela orientação desse trabalho e pelas brilhantes aulas de filosofia.

Agradeço ao Professor Abili Lázaro Castro de Lima pelos anos de tutoria no Grupo PET-Direito, pela orientação nas pesquisas de Iniciação Científica, bem como por todo auxílio prestado durante o curso.

Agradeço ao Professor e amigo Ricardo Prestes Pazello por gentilmente aceitar compor a banca de avaliação desse trabalho.

Muito será para sempre, desde que nada mude. O amor, ao contrário, é. Não será, é. Não há contingências, o amor simplesmente é e nada vai mudar, mesmo que tudo mude. O amor é inteiro, não é um processo sem fim. Não é devir, é. Amar é para sempre. Inesquecíveis são os sete anos de convivência, companheirismo, paixão e amor. Você, Renata Volpato, não deixou e jamais deixaria de estar ao meu lado.

A fragilidade da minha capacidade mnemônica certamente injustiçou pessoas que deveriam ser mencionadas explicitamente neste espaço. Desculpo-me com vocês e clamo para que sejam tolerantes comigo.

RESUMO

As querelas jurídicas presentes remetem, ainda que caladamente, aos grandes embates jurídicos do passado. É com essa razão orientadora que esse trabalho delineia-se como uma retomada do notório debate entre dois dos maiores juristas do século XX, Hans Kelsen e Evgeni Pachukanis. Aspira-se, primeiramente, investigar os sentidos críticos do pensamento de Kelsen, à medida que esse pensador é frequentemente considerado criticamente inócuo, isto é, como um mero legitimador do direito e do Estado tal como existentes. Como pretendemos demonstrar, essa tese de maneira alguma se sustenta. Mesmo que se possa questionar o sucesso de Kelsen em seu empreendimento teórico, não se pode arguir que a pretensão do autor foi forjar uma teoria de defesa do *status quo* jurídico. Ao contrário, como tentamos demonstrar, há uma potência de crítica da ideologia jurídica no pensamento normativista kelseniano. Na segunda parte do trabalho apresenta-se a crítica de Pachukanis ao normativismo de Kelsen, promovendo o constante cotejo das duas obras mestras nesse debate: a *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, e a *Teoria geral do direito e marxismo*, de Pachukanis. Por fim, em sede conclusiva, ousamos alguns apontamentos opinativos no interior desse complexo debate, equacionando a dicotomia entre norma jurídica e relação jurídica, bem como inserindo algumas circunstâncias problemáticas no plano epistemológico de Kelsen, de separação total entre ser e dever ser.

Palavras-chave: Hans Kelsen; Evgeni Pachukanis; norma jurídica; relação jurídica; positivismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PARTE I: O Kelsen Crítico	10
1.1. Kelsen é Apolítico?	10
1.2. Kelsen e o conceito de Ideologia	13
1.3. A crítica Kelseniana à Ideologia Jusnaturalista	20
1.4. Considerações Intermediárias	28
PARTE II: A Crítica (Marxista) a Kelsen	31
2.1. Em busca dos juristas esquecidos: os soviéticos	31
2.2. Preliminares: mapeando as críticas de Kelsen ao Marxismo	32
2.3. O ponto de proximidade entre Pachukanis e Kelsen.....	33
2.4. O mérito metodológico de Kelsen, segundo Pachukanis	35
2.5. Do primado da norma ao primado da relação	39
2.6. Relação jurídica, mercadoria e sujeito: uma possível ontologia jurídica	41
2.7. Direito e Estado.....	49
2.8. Abolicionismo e direito socialista	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

“Luta de dois gigantes acerca da norma jurídica” – parodiando um dos capítulos de *Estado de Exceção*, de Giorgio Agamben – poderia ser um título metafórico e provocativo para esse trabalho. Hans Kelsen e Evgeni Pachukanis são dois dos maiores juristas do século XX e travaram um dos mais profícuos debates na teoria do direito. A intensidade histórica do século XX, repleto de acontecimentos políticos impactantes, marcou a obra de ambos os juristas, cada qual ao seu modo. Hans Kelsen, judeu nascido em Praga, enfrentou uma vida recheada de migrações decorrentes das perseguições associadas à ascensão do nazi-fascismo na Europa. Evgeni Pachukanis, russo, teve que conviver com a perseguição stalinista na União Soviética por conta das ideias que defendeu e que culminariam em sua execução. Foram nessas condições intempestivas e imprevisíveis que o debate teórico dos dois eminentes juristas se deu. A balança pesou mais para o lado de Pachukanis, pois Kelsen, apesar das emigrações constantes, conseguiu manter uma vida de professor universitário e jurista de renome no direito público internacional. Pachukanis, por sua vez, amargou a perseguição capital, o que impediu que o debate se alongasse de ambas as partes. Há mais escritos de Kelsen sobre Pachukanis do que o contrário.

A expectativa do presente trabalho é cotejar as contribuições teóricas desses dois juristas. Tem-se a consciência de que o cotejo não será exaustivo, muitos outros pontos poderiam ser abordados, ainda que, pensamos, os principais tenham sido suscitados. Optamos pela utilização bibliográfica dos dois grandes textos desses autores: do lado de Kelsen, a *Teoria Pura do Direito*; do lado de Pachukanis, a *Teoria geral do direito e marxismo*. São as principais obras de cada um e, além disso, são duas das principais obras da teoria do direito do século XX e, certamente, candidatas para a lista das obras mais importantes da história do pensamento jurídico como um todo.

A estrutura elementar do trabalho divide-se em duas partes. A primeira delas, “O Kelsen crítico”, almeja delinear os aspectos da obra kelseniana que mantêm um potencial crítico e, por conseguinte, merecem ser preservados pelo teórico do direito. Disserta-se, sobretudo, a respeito das críticas ao jusnaturalismo como artifício ideológico do poder para ossificar certas estruturas de dominação. A segunda parte, “A crítica (marxista) a Kelsen”, discorre sobre as críticas pachukanianas a Kelsen, empreendendo uma comparação não exaustiva entre as intersecções mais polêmicas de dois pensamentos de matriz tão diversa.

Dizíamos que o debate Kelsen-Pachukanis pode ser chamado de “luta de dois gigantes acerca da norma jurídica”. Mencionar que o debate é acerca da norma jurídica e não acerca da relação jurídica expressa uma parcialidade que não deve passar incólume. Tomar partido no debate sob esses termos é, inevitavelmente, conferir certo sobrevalor a Kelsen em detrimento de Pachukanis. Com isso não se espera declarar a superioridade de Kelsen sobre Pachukanis, senão tão-somente indicar o fato de que, embora as duas obras sejam sobremaneira importantes e tenham sido profundamente fecundas, a tradição normativista foi, e em certa medida ainda é, hegemônica no pensamento jurídico histórico e contemporâneo. Por esse motivo o enfoque na *Teoria Pura do Direito* é predominante, servindo amiúde de ponto de partida para o cotejo com o pensamento de Pachukanis.

Hans Kelsen foi um teórico de muitas e intensas contendas intelectuais, debateu com Max Weber, Sigmund Freud, Georg Jellinek, Carl Schmitt, Eugen Ehrlich entre outros. Por esse motivo é importante esclarecer que a “crítica a Kelsen” mencionada no título do trabalho é dedicada à crítica marxista a Kelsen, mais especificamente a crítica de Pachukanis a Kelsen. O escopo do trabalho é, portanto, reconstruir esse importante debate deveras olvidado nos cursos de direito, mormente por conta do quase total esquecimento do legado soviético para a teoria do direito.

O fechamento do trabalho, em sede de conclusão, abdica parcialmente a narrativa que caracteriza as duas partes do trabalho em prol de um ritmo narrativo predominantemente ensaístico. É a guisa de conclusão que optamos por dar um caráter acentuadamente pessoal e opinativo no interior do debate teórico entre Kelsen e Pachukanis. São algumas observações um tanto sumárias e, até mesmo, paradoxalmente, inconclusivas sobre o tema.

PARTE I: O KELSEN CRÍTICO

1.1. KELSEN É APOLÍTICO?

Recusando circunlóquios, Hans Kelsen inicia seu maior empreendimento teórico explicitando seu objetivo de constituir uma *teoria jurídica pura*, “isto é, *purificada de toda ideologia política* e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da *legalidade específica de seu objeto*”.¹ A exegese dessa assertiva é o âmago dos mais intensos debates em torno do jurista e de sua obra.

Hans Kelsen é frequentemente lembrado como o teórico da legitimação do poder do Direito. Tal tendência orienta-se pela avaliação de que Kelsen seria o teórico da legitimação da norma e do ordenamento jurídico, na medida em que almeja desatar os vínculos de direito e justiça, direito e moral, direito e natureza. Entreve-se, nessa interpretação, quão profundamente arraigada está a noção de que o direito possui algum vínculo com algo que se considere socialmente adequado – justeza. Segundo essa hipótese, quando falha a moralidade no interior do direito este desnaturaria. Carente dessa juridicidade moral, o direito teria sua legitimidade solapada ao suprimir-se o “autenticamente” jurídico, convertendo a norma jurídica – justa e moral, necessariamente (segundo essa concepção) – em arbítrio de quem quer que seja. A norma traria uma informação inconsciente, sua contraprova transcendental que permitiria julgar a justeza da norma. A multivocidade de normas possíveis seria balizada pela unidade transcendental do justo, esse espectro que não deixaria a norma mentir sobre si. Isto é, a existência humana admite uma multiplicidade de normas e de normatividades, no entanto nem todas as normatividades são justas. O direito seria aquela normatividade justa e as demais, injustas, não seriam direito por decorrência de sua injustiça ínsita.

Na leitura da *Teoria pura do Direito*, os prefácios se irradiam e iluminam cada capítulo da obra. A crítica da ideologia da jurisprudência tradicional apresenta-se como um objetivo declarado do autor. Muito diferente da tradicional interpretação de um Kelsen completamente alheio às relações que imbricam direito e política, lê-se um teórico que postula a delimitação específica de um campo cientificamente jurídico, precisamente por reconhecer que a tradição dos operadores e pensadores do direito engendrou um emaranhamento nocivo entre direito e política. Tradicionalmente, os postulados jurídicos escamotearam, sob o conto da objetividade, interesses profundamente subjetivos que ocultavam aspirações de poder.

¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. XI.

Por certo, a Teria Pura do Direito não despertou afetos positivos à esquerda ou à direita. Chega a estar impregnada de comicidade a observação do autor:

Os fascistas declararam-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideraram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado.²

Óscar Correas interpreta a Teoria Pura do Direito precisamente como um manifesto político contra toda doutrina jurídica que naturalize e racionalize o exercício do poder. Historicamente, a doutrina protagonizou vários empreendimentos que pretenderam atrelar o direito a um referente extrínseco capaz de demonstrar a adequação do direito, hábil para demonstrar a legitimidade e a justiça ínsitas ao jurídico. O referente já foi o cosmos, a ordem inscrita na natureza das coisas, Deus, o Soberano, a Razão transcendental etc. O que Kelsen empreende é a ruptura com qualquer referente extrínseco que pretenda legitimar o Direito em nome de um valor, de uma causa. Kelsen, na esteira da leitura proposta por Correas, postula a pureza metodológica

por uma razão claramente política: a ideologia jurídica não deve seguir se fazendo passar por ciência, e portanto ocultando sob o prestígio desta o que não é mais que a tentativa de justificar o poder exercido por “alguém” que não deseja confessar o que faz. A razão para fundar uma ciência pura do direito não consiste em justificar todo poder, mas sim no contrário: despojar de toda justificação “científica” qualquer poder.³

Correas conclui que “‘pura’ é a ciência, não a teoria que a funda”, ademais “*a fundação de uma ciência não pode ser ‘científica’: é sempre filosófica*”.⁴ Essa tese erradica o equívoco segundo o qual Kelsen é apolítico; faz declinar a interpretação de que o autor ignoraria a intersecção direito-política. É evidente, a contragosto de interpretações difundidas,

² *Ibid.*, p. XIII.

³ CORREAS, Óscar. El otro Kelsen. IN: _____. *El otro Kelsen*. Universidad Nacional Autónoma do México, 1989, p. 28 (grifou-se). Traduziu-se o original: “Por una razón claramente política: la ideología jurídica no debe seguir haciendo pasar por ciencia, y por tanto ocultando bajo el prestigio de ésta, lo que no es más que el intento de justificar el poder ejercido por ‘alguien’ que no desea confessar que lo hace. La razón para sustentar una ciencia pura del derecho no consiste en justificar todo poder, sino en lo contrario: despojar de toda justificación ‘científica’ a cualquier poder”.

⁴ *Ibid.*, p. 28 (grifou-se). Traduzido do original: “(...) lo que resulta ‘pura’ es la ciencia, no la teoría que la funda”. “(...) la fundación de una ciencia no puede ser ‘científica’: es siempre filosófica”.

que Kelsen estava consciente do enlace entre os dois campos e, justamente tendo em vista essa permeabilidade dos domínios, procura fundar um domínio científico para o direito em que as injunções políticas diretas sejam contidas. A ciência do direito é inapta a extinguir as relações fáticas e mundanas entre direito e política. O objetivo é menor e mais preciso. Dada a indefectibilidade da relação direito-política, o fundamento político-filosófico da Teoria Pura do Direito almeja tão-somente desabilitar as justificativas do poder, que sempre necessita se legitimar para se reproduzir e perpetuar. A obra opera uma crítica aos fundamentos discursivos e legitimadores do poder.

A Teoria Pura do Direito desenha-se no plano de fundo da filosofia política de Hans Kelsen, autor que comunga da visão do homem como ser que, embora social, não pode viver em pacífica harmonia: os conflitos interpessoais são inevitáveis. Segundo essa visão, os seres humanos jamais estarão livres de alguma normatividade que regule as condutas, sendo a mais historicamente habitual das normatividades o direito. Seriam ínsitas ao humano as pulsões egoístas e violentas de modo que, para viabilizar a vida comunitária, exigiriam o controle social. Kelsen não está inebriado pelo entusiasmo estatista (estatolatria), bem como não se alinha ao pensamento anarquista. O Estado apresenta-se como um mal necessário, na medida em que Kelsen vê a necessidade de um poder capaz de coerção com a finalidade de permitir o convívio social, entretanto o exercício desse poder deve ser balizado por uma instância de controle, localizada pelo autor na democracia. Na interpretação de Correias,

Kelsen quis remover uma justificação “científica”: não há nenhuma ciência, mas muito menos a que estuda as normas, que possa justificar o poder. Quem o exerça tem que confessar que o *sentido* dado às condutas através do ato de sua vontade que constitui a norma, não tem qualquer base natural. O máximo que pode ser reconhecido é que, “por natureza”, é necessário algum sentido, algum conteúdo normativo. Mas nenhum em especial. Inclusive as normas que estabelecem técnicas democráticas devem ser argumentadas, discutidas e aceitas. Quando Kelsen argumenta a favor da democracia não o faz como cientista ou “puro”, mas como filósofo. E isto não quer dizer outra coisa que quem dá o sentido não deve buscar sua justificação a não ser no convencimento do súdito. Quem tenha o poder, parece dizer Kelsen, confesse sua arbitrariedade e busque sua legitimação no consenso; jamais na ciência ou na natureza.⁵

⁵ *Ibid.*, p. 31. Traduzido de: “Kelsen há querido quitarles una justificación ‘científica’: no hay ninguna ciencia, pero mucho menos la que estudia las normas, que pueda justificar el poder. Quien lo ejerza tiene que confesar que el *sentido* dado a las conductas a través del acto de su voluntad que constituye la norma, no tiene ningún asidero natural. Lo más que puede reconocerse es que, ‘por naturaleza’, es necesario algún sentido, algún contenido normativo. Pero ninguno en especial. Incluso las normas que establecen técnicas democráticas deben ser argumentadas, discutidas y aceptadas. Cuando Kelsen argumenta en favor de la democracia, no lo hace como científico o ‘puro’, sino como filósofo. Y esto no quiere decir otra cosa que quien da el sentido no debe buscar su justificación sino en el convencimiento del súbdito. Quien tenga el poder, parece decir Kelsen, confiese su arbitrariedad y busque su legitimación en el consenso; jamás en la ciencia o en la naturaleza”.

Em face do exposto, a tese que emoldura Kelsen como um teórico alheio às questões políticas que cruzam o direito resta demasiado fragilizada. O autor imbrica-se numa relação ambígua com o poder: embora o exercício coercitivo do poder seja inevitável diante da conflitualidade dos interesses humanos, há que se desconfiar de quem exerce o poder, é preciso controlá-lo. Kelsen procura garantir um domínio em que o direito seja o mais resguardado possível do poder ao postular a pureza. A sustentação metodológica da pureza cristaliza a iniciativa política de kelseniana, cujo intuito é romper a legitimação transcendental do poder ao desmistificá-lo, ao recolocá-lo no mundo histórico e contingente das formas políticas. A contingência das formas políticas e jurídicas confere lastro à transformação. Precisamente por não haver qualquer fundamento transcendental apto a legitimar o direito *erga omnes* e, ubiquamente, o único fundamento possível é material: é o convencimento democrático de que aquelas formas jurídicas e políticas são as melhores possíveis naquela ocasião, angariando o reconhecimento dos subordinados à ordem jurídica. Cessado o reconhecimento dos subordinados à ordem jurídica, instalada a revolta, o direito pode ser derogado com a insurreição e, com ele, levar para o passado as instituições políticas que já não mais desfrutam o respaldo popular. O direito é uma *forma contingente*. Assim como hoje é, amanhã pode deixar de ser e se tornar outro.

1.2. KELSEN E O CONCEITO DE IDEOLOGIA

Ao contrário do que aqui se defende, a leitura tradicional de Hans Kelsen não encontra no autor valores críticos, reduzindo-o a um defensor do poder, um legitimador do Direito e do Estado. Essa recepção anti-Kelsen atribui uma dimensão moral para um postulado que se pretende amoral. Quando o autor defende que “a Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo” ou assevera que a teoria jurídica deve estar “consciente da legalidade específica de seu objeto”, precisamente o que *não* se pretende é atribuir uma dimensão moral à positividade do Direito. Essa leitura avessa de Kelsen adjudica uma moralidade que não se faz presente na Teoria Pura do Direito e que, ademais, é um nítido foco da crítica kelseniana: a ideia de que o direito positivo é moral, um valor *per se*, e por isso deveria ser observado. Embora, em Kelsen, não se constate qualquer elogio a uma suposta moralidade intrínseca à positividade normativa do Direito, essa perspectiva não é estranha a outras correntes positivistas. Enquanto a postura jusnaturalista convencional pugna a obediência das leis

enquanto justas, certa versão do positivismo ético sustenta a observância às leis enquanto tais. Se o jusnaturalismo compreende que a lei é dotada de autoridade com a condição de ser justa, caso contrário não merece sequer o estatuto de lei, esse positivismo não impõe a justiça da lei como requisito para que se configure o dever jurídico. Para tal bastaria a validade. Segundo tal positivismo ético, a lei é justa porque válida.⁶

Hans Kelsen, embora positivista, não coaduna com esse pensamento. Para Kelsen, a justiça da norma constitui um debate alheio, extrínseco à ciência jurídica: “o problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”.⁷ Tal convicção do autor é verificada em suas obras, pois a Teoria Pura do Direito, por se dedicar a erigir a ciência jurídica, não trata da justiça. Considerar a justiça uma questão à parte não quer dizer que o jurista tenha ignorado a questão da justiça em sua carreira intelectual, já que há diversas obras dedicadas especificamente ao tema.⁸

Por certo, toda recepção hermenêutica esbarra em limites cognitivos do autor, indisposições pessoais a determinadas ideias, mormente quando se associa à aspiração de conquista ou manutenção do poder, ou imposições político-ideológicas do momento histórico em que a obra é lida. O momento histórico pós-Segunda Guerra Mundial é significativo do segundo caso, uma circunstância histórica de enfrentamento do trauma do Holocausto e todas as esquivas sociais e subjetivas implicadas nesse confronto com o traumático. Assistiu-se a proliferação de um jusnaturalismo redivivo. Pôs-se na conta do positivismo jurídico o favorecimento da emergência dos totalitarismos nazifascistas. Os críticos mais severos do positivismo chegaram a associar essa corrente teórica do Direito a uma *reductio ad Hitlerum*⁹, de forma a sugerir um itinerário causal em que o nazismo é corolário – inevitável, pois – da doutrina do positivismo jurídico.

Apesar dessa recepção amiúde bastante desfavorável a Kelsen, já enfatizamos que a Teoria Pura do Direito assume como finalidade declarada ser uma teoria jurídica “purificada de toda a ideologia política”. Aspira configurar-se como teoria crítica do direito. Pretende ser o contra-argumento às frequentes teorias do direito que se assumem como científicas quando, ao serem examinadas com cuidado, revelam-se defensoras de certos interesses sociais

⁶ BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 227.

⁷ Kelsen, 2012, p. XVIII.

⁸ Por exemplo, temos publicadas em português as obras: *O que é justiça?*; *A ilusão da justiça*; *O problema da justiça*, entre outros escritos interdisciplinares dedicados a assuntos afins ao direito, como democracia, psicologia social, Estado, paz, ordem jurídica internacional etc.

⁹ BOBBIO, 2006, p. 225.

específicos, de classe, de grupos sociais que pretendem se beneficiar do direito posto ao conferir a ele uma dimensão transsocial, eterna, imutável. O expediente da Teoria Pura do Direito tem por objetivo criticar a *ideologia jurídica*.

O primeiro passo em direção à leitura que aspiramos se dá na reorientação do caráter da obra de Kelsen: de defesa dogmática do direito e do Estado à crítica da ideologia jurídica. No mesmo instante em que parecemos nos desenredar da leitura tradicional do autor, vemos-nos emaranhados na trama de significações implicadas no conceito de ideologia, *per se* problemático. O termo ideologia suscita múltiplas interpretações, no limite há uma delimitação teórica específica em cada autor que tece o conceito. Onipresente no conceito de ideologia é a existência de um vínculo consciente ou inconsciente que ata poder e súdito. Na síntese de Terry Eagleton: “o opressor mais eficiente é aquele que persuade seus subalternos a amar, desejar e identificar-se com seu poder; e qualquer prática de emancipação política envolve portanto a mais difícil de todas as formas de libertação, o libertar-nos de nós mesmos”.¹⁰ Embora esse excerto munici o conceito de ideologia de algum suporte, não está nem perto de esgotar a condensação semântica depositada sobre esse significante. Na multiplicidade de sentidos do conceito há alguns deles que se complementam e há inclusive sentidos incompatíveis, ao passo que outros autores estão dispostos a descartar o conceito como cientificamente inviável – a tese (ou ideologia) do “fim da ideologia”.

Um dos sentidos correntes do conceito de ideologia, quiçá o mais empregado no cotidiano, é aquele segundo o qual ideologia é um conjunto de ideias que orienta o pensamento de uma pessoa, partido político, movimento social, religião, doutrina teórica etc. *Equipara-se ideologia e ideário*. É precisamente essa a primeira delimitação crítica proposta por Marilena Chauí, em seu clássico *O que é ideologia*, ao “desfazer a suposição de que a ideologia é um ideário qualquer”, na medida em que “a ideologia é um ideário histórico, social e político que oculta a realidade, e que esse ocultamento é uma forma de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política”.¹¹ Essa visão segundo a qual a ideologia é um conjunto de ideias pode ser admitida de distintas formas, num sentido mais idealista de determinação da consciência sobre a realidade ou mais empirista ao admitir ideias orientadoras de práticas sociais. A virtude e a simultânea fragilidade dessa delimitação conceitual recaem sobre a generalidade, na medida em que se impõe concluir que todo pensamento seja considerado ideológico, posto estar dirigido por pré-

¹⁰ EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. São Paulo: Boitempo/Unesp, 1997, p. 13.

¹¹ CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 7.

entendimentos que governam a própria racionalidade humana. Por conseguinte, no bojo desse entendimento, pensamento, doutrina, partido político, religião, ciência, tudo estaria envolto na ideologia. Equiparar ideologia e ideário amiúde conduz ao relativismo extremo, no limite solipsista, ao considerar todo posicionamento igualmente válido. É uma vulgata “democrática”, polifônica, segundo a qual todas as vozes devem ressoar, todo discurso é igualmente expressivo, consistente e eficaz. Em suma, todos têm algo a dizer e merecem igualmente ser ouvidos. A totalização do conceito de ideologia o debilita na medida em que tudo assume feições ideológicas, desde a defesa da pena de morte até a manifestação de preferência por cores de canetas. Sem dúvida, a psicanálise demonstrou como as escolhas mais inocentes, aquelas que parecem provir imediatamente do sujeito autoconsciente, estão, na verdade, impregnadas de razões impalpáveis à consciência, de sorte que mesmo a escolha mais “pessoal” e “autêntica” tem aptidão de estar impregnada de conteúdo traumático, social, enfim, exterior à “autonomia da consciência”. No entanto, essa ordem inconsciente das condutas e das ideias, embora seja de suma relevância para a compreensão do desejo do sujeito e de sua relação com a sociedade, não tem a mesma envergadura política que defender publicamente a criminalização do aborto automeando-se “defensor da vida”.

Ao que parece, o conceito de ideologia não pode ser adstrito ao de ideário. Mais do que isso, ideologia guarda alguma relação estreita com o poder. É razoavelmente pacífica a ideia de que nenhum poder é capaz de se sustentar unicamente fulcrado no exercício do monopólio da violência organizada. É difícil imaginar um poder que se mantenha operante enquanto todos ou a maioria da população se encontra permanentemente insatisfeita e disposta a se rebelar a todo instante. Em condições tão adversas, é quase impensável que o poder se sustente, a menos que extermine toda população que se lhe opõe. No presente caso, provavelmente o máximo que o poder lograria seria uma vitória de Pirro: na medida em que extermina toda população ou a maioria dela, o poder carece de motivo ou de condições materiais de produção e reprodução para existir. Deixando-se de lado a possibilidade de compreender o poder como única e exclusiva repressão, torna-se imprescindível acrescentar a dimensão do convencimento, da convivência dos súditos. A reprodução do poder depende de angariar afetos positivos nas massas, conquistar adesão voluntária das pessoas, entusiasmo, ou, no mínimo, convivência entediada, fatigada, desesperançosa. Na esteira de Terry Eagleton:

Um poder dominante pode legitimar-se *promovendo* crenças e valores compatíveis com ele; *naturalizando* e *universalizando* tais crenças de modo a torna-las óbvias e aparentemente inevitáveis; *denegrindo* tais ideias que possam desafiá-lo; *excluindo*

formas rivais de pensamento, mediante talvez uma lógica sistemática; e *obscurecendo* a realidade social de modo a favorecê-lo.¹²

Há, contudo, certos percalços avançados por Terry Eagleton. A ideia de poder *dominante* não é inconteste na literatura. Michel Foucault foi responsável, em grande parte, por impactar essa ideia ao sugerir a estrutura microfísica do poder. O poder não é tão-somente aquele do Estado, encontra-se esparramado por toda sociedade. Seguindo essa perspectiva foucaultiana, o conceito de ideologia não pode impunemente ser associado ao poder dominante, tendo-se em vista essa disseminação ubíqua do poder – não à toa, o conceito de ideologia não é sistematicamente trabalhado na obra de Foucault e até mesmo recusado¹³. Portanto, a própria identificação da ideologia a um poder dominante seria, por si só, ideológica, posto com ela denegarem-se diversas manifestações do poder, oferecendo a ocultação ideológica frequentemente desejada. Não obstante a menção da crítica de Foucault a esse conceito de ideologia, há que se acrescentar a nota de Eagleton:

se não há valores e crenças que *não* sejam relacionados com o poder, então o termo ideologia corre o risco de expandir-se até o ponto de desaparecer. Qualquer palavra que abranja tudo perde o seu valor e degenera em um som vazio. Se o poder, como o próprio Todo-Poderoso, é onipresente, então a palavra ideologia deixa de particularizar algo e perde totalmente sua capacidade de informar (...).¹⁴

Para que o termo ideologia não se expanda até se desorientar na trama de outros conceitos, para evitar desperdiçar o domínio epistemológico do conceito, é preciso levar em conta que “a força do termo ideologia reside em sua capacidade de distinguir entre as lutas de poder que são até certo ponto centrais a toda uma forma de vida social e aquelas que não o são”.¹⁵ O que é mais ou menos central deve ser construído dialogicamente, jamais imposto de um só golpe unilateralmente. Embora certamente haja discussões a respeito de quais

¹² EAGLETON, 1997, p. 19.

¹³ “A noção de ideologia me parece dificilmente utilizável por três razões. A primeira é que, queira-se ou não, ela está sempre em oposição virtual a alguma coisa que seria a verdade. Ora, creio que o problema não é de se fazer a partilha entre o que num discurso releva da cientificidade e da verdade e o que relevaria de outra coisa; mas de ver historicamente como se produzem efeitos de verdade no interior de discursos que não são em si nem verdadeiros nem falsos. Segundo inconveniente: refere-se necessariamente a alguma coisa como o sujeito. Enfim, a ideologia está em posição secundária com relação a alguma coisa que deve funcionar para ela como infraestrutura ou determinação econômica, material, etc. Por essas três razões creio que é uma noção que não deve ser utilizada sem precauções”. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2012, p. 7.

¹⁴ EAGLETON, 1997, p. 20-21.

¹⁵ *Ibid.*, p. 21.

manifestações do poder são mais significativas em uma sociedade e momento histórico dados, dificilmente dir-se-ia que qualquer manifestação de poder é tão significativa quanto outras para a conservação de uma formação social.

A crítica da ideologia jurídica aparece em Hans Kelsen na crítica à doutrina do direito natural. A distinção entre direito natural e direito positivo é uma das referências mais antigas no domínio do pensamento jurídico, remontando com segurança às filosofias de Platão e Aristóteles e, adiante, encontra os mais diversos representantes, cada qual com suas nuances. Frequentemente, a universalidade é considerada atributo do direito natural, em contraste com a validade histórico-geograficamente delimitada do direito posto em leis. Historicamente, foram múltiplas as matrizes do pensamento jusnaturalista do direito. É habitual que os pensadores trabalhem com ambas as categorias, direito natural e direito positivo, de modo complementar, caracterizando a dupla fonte do direito: natureza/razão e lei (instituída pelo governo dos homens). A relação entre essas “fontes” do direito foi variável na História e comportou a hierarquia de uma fonte sobre a outra. Em Aristóteles, a preeminência era do direito posto sobre o direito natural, tendo-se em vista o princípio da especialidade. Enquanto o direito natural é universal (“direito comum”), o direito positivo é a expressão talhada segundo às especificidades de cada povo a partir dos postulados comuns do direito natural. Em caso de conflito, prevalece o direito positivo sobre o natural, vez que *lex specialis derogat generali*. Em posição, na Idade Média o pensamento jurídico indica precisamente o contrário, na medida em que o direito natural é considerado expressão da vontade de Deus inscrita na razão humana. Portanto, o direito natural sobrepõe e derroga o direito positivo.¹⁶

Coube a Hugo Grócio formular uma influente distinção entre direito positivo e direito natural, nomeados pelo autor *jus naturale* e *jus voluntarium*. Segundo Grócio, o direito natural é decorrente da “natureza racional” do homem. Argui o autor: “os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são *obrigatórios ou ilícitos por si mesmos*”.¹⁷ Glück, assemelhando-se a Grócio, propõe que “o direito se distingue, segundo o modo pelo qual advém a nossa consciência, em *natural e positivo*”.¹⁸ Portanto, de acordo com a forma com que os destinatários tomam “consciência” das leis é que podemos classificá-las em naturais ou positivas: “o direito natural é aquele de que obtemos conhecimento através da

¹⁶ BOBBIO, 2006, p. 25.

¹⁷ GRÓCIO *apud* BOBBIO, 2006, p. 21.

¹⁸ GLÜCK *apud* BOBBIO, 2006, p. 21.

razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas; o direito positivo é aquele que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador”.¹⁹

Em que pese atribua-se premência a um ou a outro, ambos, direito natural e direito positivo, eram igualmente considerados direito. Um derogava o outro em casos específicos em que houvesse conflito. Porém, isso não significava retirar toda a validade da fonte do direito que foi deixada de lado no caso concreto em tela. Infere-se, pois, a antiguidade da noção de direito positivo enquanto leis postas pela comunidade política. Diante da ancestralidade da dicotomia, pende a indagação a respeito de qual é a especificidade teórica da doutrina nomeada positivismo jurídico, uma vez que a noção de direito posto é aceita desde há muito. A inovação proposta pela doutrina do positivismo jurídico é a extinção do direito natural enquanto direito. A única “fonte” do direito passa a ser a lei posta pela comunidade jurídica, relegando os elementos tradicionalmente associados ao direito natural a um domínio não jurídico, por exemplo, aos debates em torno da moral e da justiça.²⁰

Hans Kelsen inscreve-se na tradição positivista descrita, para quem o direito é monista, cuja única fonte é a norma jurídica. Por essa razão a Teoria Pura do Direito se propõe a ser uma teoria do direito positivo. Uma das importantes críticas perpetradas por Kelsen é dirigida em oposição ao *sincretismo metodológico*. Responder à pergunta “o que é o Direito?” impõe a necessidade de delimitar um espaço apto a distinguir o Direito das outras ciências que lhe são conexas. O “princípio metodológico fundamental” reside em “liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”.²¹ O intuito do autor não é negar a íntima proximidade do Direito com outras ciências que também tem muito a dizer a respeito do fenômeno jurídico, cinge-se tão-somente a forjar um domínio inequívoco que possa ser chamado de ciência jurídica e que se distinga da psicologia, da sociologia, da filosofia, da moral, da justiça etc.

Em toda *Teoria Pura do Direito* pulsa um veemente confronto, sobretudo, com o jusnaturalismo. Mesmo os temas aparentemente mais “técnicos” orientam-se pelas diretrizes fundadoras edificadas nos primeiros capítulos da obra. A construção do texto é dialógica e teleológica: o conteúdo jusfilosófico apresentado desde os prefácios irradia-se por toda extensão textual e assume a finalidade de crítica à ideologia jurídica. Tecidas as considerações

¹⁹ BOBBIO, 2006, p. 22.

²⁰ *Ibid.*, p. 26.

²¹ KELSEN, 2012, p. 1.

preliminares sobre o conceito de ideologia, cumpre salientar a partir desse momento qual a expressão dessa crítica da ideologia jurídica em Kelsen, destacando a Teoria Pura do Direito.

1.3. A CRÍTICA KELSENIANA À IDEOLOGIA JUSNATURALISTA

Enquanto o jusnaturalismo crê encontrar uma natureza legisladora, donde se extraem normas que servem de parâmetro para afirmar ou infirmar a legislação positiva, Kelsen adota um alicerce integralmente distinto. O autor considera dois planos distintos: o fático-fenomênico, ato situado no tempo e no espaço, e o significado jurídico atribuído ao fato. A significação jurídica é *atribuída* ao fato, de sorte que decorrente da mera manifestação de certo ato na realidade não é possível qualquer ilação jurídica de caráter imprescindível. *A significação jurídica não é imanente ao ato.*²² O evento constitui elemento do sistema da natureza e, como tal, não é objeto de conhecimento jurídico. Consoante Kelsen:

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo essa norma. *A norma funciona como esquema de interpretação.* Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa.²³

Outro ponto importante defendido por Kelsen e enlaçado na crítica à ideologia jusnaturalista é a dicotomia ser/dever ser. Assim como de um ato ou fato pertencer à realidade não decorre imediatamente qualquer norma em sentido jurídico, *do ser não decorre qualquer dever ser*. Nas palavras do jurista: “da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja”.²⁴ Apesar de Kelsen não postular a correspondência de ser e dever ser, assume que há interação, de sorte que um dever ser pode ser correlato de um ser e vice-versa. Citamo-lo novamente: “a conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda medida, exceto no que respeita à circunstância (*modus*) de que uma é e

²² *Ibid.*, p. 2-3.

²³ *Ibid.*, p. 4. Grifou-se.

²⁴ *Ibid.*, p. 6.

a outra deve ser”²⁵. Uma das manifestações do descompasso entre ser e dever ser ou entre um acontecimento fático e sua significação jurídica, assinala Kelsen, apresenta-se na aptidão retroativa da norma. Ainda que seja mais corriqueiro que a norma produza apenas efeitos ulteriores ao início de sua vigência, não há nada no mundo – exceto outra norma – que impeça a retroatividade da norma. Evidentemente, qualquer ato perpetrado no passado não pode deixar de ser uma vez que é (foi). Contudo, reenfatize-se, para o autor *há uma desconformidade estrutural entre o fato e sua significação jurídica*. Tem-se clareza, portanto, que o ato passado não pode ser desfeito. Todavia a significação jurídica atribuível àquele ato pretérito pode oscilar, conforme sejam promulgadas normas jurídicas que modifiquem o estatuto jurídico do acontecimento fático.²⁶

Se, para Kelsen, do ser não decorre causalmente qualquer dever ser, o mesmo verifica-se na relação norma-valor. Nega-se a existência do valor, em sentido absoluto e supra-humano. A ordem social coercitiva, que é o direito, regula condutas inter-humanas – as condutas de indivíduos em relação a coisas são juridicamente relevantes à medida que também são relações humanas mediadas por coisas (ou relações entre coisas mediadas por homens). Além disso, essa ordem social coercitiva também é instituída por atos humanos de vontade impregnados, indefectivelmente, de valores. O direito não é uma ordem normativa outorgada por uma autoridade transcendental, teológica ou natural, é posta por atos humanos. Quando se atribui ao direito a transcendentalidade, quer-se postular que há algo de inevitável nas normas, que ser e dever ser estão achatados um no outro, que algo que é não pode deixar de sê-lo, de modo que qualquer edificação normativa em contrário seria patológica e não poderia vigorar. Kelsen assinala a carência de unidade de valores partilhados por todos os

²⁵ *Ibid.*, p. 7.

²⁶ *Ibid.*, p. 15. É válido acrescentar que essas distinções ora apresentadas fundam a cisão metodológica entre os domínios do Direito e da Sociologia. Observou-se *supra* que uma das pretensões da “pureza” da teoria é evitar o sincretismo metodológico, óbice para a constituição de uma ciência jurídica. Kelsen dedica-se ao tema da diferenciação do método jurídico do método sociológico a partir da cesura ser/dever ser. Leiam-se as seguintes passagens: “La contraposición entre sociología y jurisprudencia (...) es la existente entre ser y debe ser. Tal como puedo afirmar acerca de algo que es, puedo decir también que debe ser, y he manifestado en casos algo completamente distinto. Ser y debe ser son determinaciones generales del pensar mediante las cuales podemos percibir todos los objetos”. E, adiante: “La oposición ser y debe ser es lógico-formal y mientras que uno se mantenga dentro del límite de las consideraciones lógico-formales, no habrá camino que conduzca de uno al otro; los dos mundos se encuentran separados por un abismo insalvable”. Ainda: “sobre la oposición entre ser y deber ser se basa la división entre disciplinas *explicativas* y *normativas*, entre ciencias causales y normativas. Puesto que mientras unas disciplinas se dirigen a lo dado efectivamente, al universo del ser, a la *realidad*, las otras lo hacen hacia el universo del deber ser, a la *idealidad*”. Por fim: “las disciplinas normativas, que de ninguna manera desean *explicar* ningún hecho real, meramente las normas, según las cuales *debe* acontecer (hipotéticamente) pero que de ninguna manera debe acontecer (necesariamente), es más, que quizás efectivamente no acontezca” KELSEN, Hans. Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. IN: CORREAS, Óscar. *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 285-286, 289.

seres humanos, de modo que não há qualquer valor que necessariamente deve se fazer presente nas normas jurídicas. A norma jurídica é estatuída por ato humano de vontade, com isso aponta-se para a relatividade dos valores postos nas normas de uma comunidade político-jurídica. Apenas alguns valores ascendem à imperatividade da norma jurídica não são contempladas as aspirações de todos os indivíduos da população submetida ao ordenamento jurídico, ainda que todos estejam submetidos à coercibilidade do direito atrelado ao Estado detentor do monopólio legítimo da violência. É virtualmente pensável, portanto, que toda a estrutura de valores de um ordenamento jurídico possa ser alterada do ponto de vista estritamente jurídico. É importante notar que *a abertura valorativa da norma jurídica é da ordem da potência*, o que não deve ser interpretado como um idealismo que nega a predominância política e ideológica de certos valores em uma sociedade. Claramente, a análise sociológica permite ilações a respeito de quais valores predominam, a quem eles servem e quais são suas consequências. Não raro certos valores estão deveras imiscuídos na cotidianidade, arraigados na estrutura do hábito, tornaram-se tão “evidentes” que passam a constituir uma “segunda natureza”, tamanha é a naturalização de certos valores que, como tais, são a rigor relativos. O direito, como forma jurídica, estaria, para Kelsen, aberto a edificar quaisquer valores, não importa quais sejam e o que impliquem eticamente. Eis uma significativa sinopse nas palavras do autor:

Na medida em que as normas que constituem o fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, *os valores através delas constituídos são arbitrários*. Através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem. O que, segundo elas, é bom, pode ser mau segundo estas. Por isso, as normas legisladas pelos homens – e não por uma autoridade supra-humana – apenas constituem valores relativos. Quer isso dizer que a vigência de uma norma desta espécie que prescreva uma determinada conduta como obrigatória, bem como a do valor por ela constituído, não exclui a possibilidade de vigência de uma outra norma que prescreva a conduta oposta e constitua um valor oposto.²⁷

Exatamente na tão polêmica separação de Direito e Justiça proposta por Kelsen que reside a matriz crítica de seu pensamento. É comum que os pensadores do Direito, seus operadores e até mesmo seu público alvo identifiquem algum nível de interação da Justiça com o Direito, alguma relação *interna* entre os dois domínios. Santo Agostinho, mencionado na Teoria Pura do Direito, defende a coincidência dos domínios, de sorte que o Direito é justo,

²⁷ *Ibid.*, p. 19-20.

posto que se não for justo degenera seu caráter de Direito. Segundo essa visão, caso uma norma jurídica seja injusta decairá sua juridicidade, reduzindo-se a simples arbítrio injusto. Agostinho defende que somente sendo justo o Direito pode se diferenciar de um ato criminoso, por si injusto. Entrevê-se em Agostinho uma filosofia essencialista, na medida em que nega a performatividade do Direito. O ato criminoso é um dado do mundo, essência estática da realidade, enquanto, para Kelsen, só se poderia nomear criminoso aquele ato que contradiga um enunciado normativo que prescreve o dever de ação ou omissão. Portanto, o “crime” não está posto no mundo como algo identificável, “crime” é aquilo que o Direito configura como tal por intermédio da norma jurídica. O Direito é uma ordem social coercitiva que dispensa a qualidade de “justo”, mormente tendo em vista a relatividade do que pode ser considerado justo. A pretensão kelseniana de uma ciência do direito não admite a sucumbência ao relativismo do debate em torno da Justiça. Ainda que a norma ou todo o ordenamento possam ser avaliados como injustos, não se derroga a validade jurídica desses enunciados cuja injustiça é condenada. O exemplo monumental de Kelsen é o das Revoluções Francesa e Russa. Ambas as Revoluções demoliram as condições de existência social, logrando edificar novos alicerces sociais. Inevitavelmente, as normas jurídicas estaduais sofreram colossais mudanças no momento pós-revolucionário. No entanto, tal ruptura revolucionária foi amiúde reputada criminosa pelos outros Estados da comunidade internacional, de forma se indispunham a reconhecer as ordens jurídicas instituídas pelas revoluções, “no primeiro caso porque a revolução ofendia o princípio da legitimidade monárquica, no segundo, porque ela acabava com a propriedade privada dos meios de produção”.²⁸ Vê-se, portanto, como razões puramente ideológicas motivam a recusa de determinados ordenamentos jurídicos sob os mais diversos argumentos. Em geral, esses ordenamentos são considerados injustos, ofendem algum princípio tido por “essencial” por algum governo instituído que teme que aquelas mudanças sociais e jurídicas possam se estender ao seu domínio de governo. É contra essas indisposições ideológicas que Kelsen luta ao defender a pureza do Direito, para que essas razões ideológicas não se imiscuem na validade do ordenamento.

Conquanto pensadores profundamente distintos e, inclusive, antagônicos, tanto Kelsen quanto o jurista soviético Pachukanis investigam o que se pode chamar “forma jurídica”. É tradicional na teoria do Direito que este seja procurado a partir de conteúdos, a identificação do Direito verificar-se-ia em temas como família, propriedade, liberdade etc. Desde há muito,

²⁸ *Ibid.*, p. 55.

especialmente na sociedade complexa contemporânea, tornou-se nítida a capacidade do Direito diluir-se pelo tecido social, inscrevendo-se em Códigos, Leis, Regulamentos etc. que pululam em intensidade tal que nem mais os juristas são capazes de dominar a miríade de manifestações jurídicas, fato corroborado pela vociferante especialização dos operadores do Direito. Evidencia-se como o Direito não incorpora limitação conteudística, é capaz de se expandir para inúmeros campos. Tal tendência é deveras problemática, na medida em que a velocidade do Direito não costuma coincidir com a velocidade das inovações sociais. Há um permanente déficit normativo, sobretudo evidenciado no desenvolvimento tecnológico. Tal contexto nos impele à ilação de que não há limites conteudísticos ao Direito, avalie-se bem ou mal, tudo é passível de ser normatizado. Nos termos do jusfilósofo brasileiro contemporâneo, Alysson Mascaro, não é a *quantidade*, mas sim a *qualidade* do Direito que confere-lhe especificidade:

não é pelo assunto de que trata o direito que se o identifica. Se muitos assuntos podem ou não podem ser considerados jurídicos, o passo científico mais decisivo para compreender o direito não é, então, entender quais temas são jurídicos (a sua identificação quantitativa), mas, sim, quais mecanismos e estruturas dão *especificidade* ao direito perante qualquer assunto (a sua identificação qualitativa).²⁹

Claramente, as respostas à “forma jurídica” apresentadas pelos dois juristas são completamente distintas, basta assinalar que ambos se colocaram a mesma questão. Para Kelsen o direito é uma ordem normativa que impõe atos de coação sem que esteja predeterminada por qualquer conteúdo específico. Consoante o autor, “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica”.³⁰ Frequentemente, o direito é vinculado a conteúdos como democracia ou direitos fundamentais, tal fato constitui uma injunção moral, uma condição para que o direito posto seja legitimado. Não passa de uma renovação da afirmação de Santo Agostinho, segundo a qual o direito tem que ser justo, pois se não o for perde a própria juridicidade. São comuns argumentos segundo os quais se não houver democracia, o direito não é legítimo ou se não há respeito a alguns direitos fundamentais, não há ordem jurídica ou não há Constituição. A defesa do direito natural como embasamento do direito positivo repete-se na edificação do direito sob a condição de contemplar direitos fundamentais. Kelsen conhece abundantemente essa perspectiva que

²⁹ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

³⁰ KELSEN, 2012, p. 221.

condiciona a juridicidade do direito a alguns conteúdos e observa a irremediável relatividade de tais proposições, pois se um liberal, como Locke, via a propriedade como direito natural (direito humano ou fundamental poder-se-ia nomear em linguagem atualizada), os comunistas rejeitam a propriedade privada (mormente dos meios de produção) como a matriz da desigualdade entre os homens. É a incorrigível relatividade do valor moral que obsta a associação do direito com qualquer conteúdo. Na ausência de unidade no fundamento moral reside a imperiosidade de apartar direito e moral, cabendo à ciência jurídica debruçar-se sobre o direito posto, que pode ser revogado por novas normas, é alterável, contingente e não perpétuo como os princípios morais extraídos da natureza. No apanhado de Kelsen:

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Dessa forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isso não significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral.³¹

Ao distinguir com rigor direito e moral, Kelsen rompe com o intento de legitimar a ordem jurídica por intermédio da concordância com a ordem moral (mais precisamente, *as ordens* da moral, vez que múltiplas). Qualquer sistema moral serve para avaliar a moralidade do direito, ainda que, do ponto de vista da ciência da direito, esse julgamento moral da ordem jurídica seja irrelevante. Pelo filtro da lógica, a coincidência entre direito e moral, o direito conforme a moral, tornaria a distinção conceitual supérflua, pois na medida em que são equiparados não mais é preciso dois conceitos. Uma norma jurídica válida pode ser moral ou imoral, em ambos os casos permanece válida e íntegra no ordenamento. Como são múltiplos e antagônicos os sistemas de moral, segundo um ordenamento moral a norma pode ser imoral, segundo outro ela pode ser julgada perfeitamente moral. Kelsen elenca dois motivos pelos quais a Teoria Pura do Direito rejeita a asserção segundo a qual o direito é ou deve ser moral: primeiramente, porque não há unidade entre os ordenamentos da moral; em segundo lugar, porque essa ideia de direito “*conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade*”, visto que “a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de

³¹*Ibid.*, p. 75-76

uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever”.³²

Kelsen alude a diversas “aplicações” de sua crítica ao que chama de ideologia jurídica. De realçado acento são os golpes desferidos contra a ideia de sujeito de direito. Ainda que não o declare explicitamente, circunstância que só majora o efeito ideológico, a noção de sujeito jurídico evoca a transcendentalidade segundo a qual o ser humano é sempre-já um sujeito de direito, antes mesmo da instituição de qualquer ordem normativa positiva. O direito posto vem a corroborar a condição jurídica imanente ser humano como portador de direitos subjetivos. Kelsen analisa que essa percepção do sujeito como aprioristicamente juridicizado é funcional para legitimar a propriedade privada. O conceito de sujeito jurídico nesses moldes pode estar relegado a um plano subsidiário quando se assume que o direito é a emanção normativa extrínseca baseada em Deus, na razão ou na natureza. Entretanto, essa ideia intensifica seu relevo nas sociedades em que a produção jurídica é compreendida como humana e mutável ao invés de eterna e estática. Se o direito é resultado do arbítrio humano tal constatação nos conduz à ilação da contingência do direito de propriedade. Aqui retomamos à distinção inicial que Kelsen propunha, de acordo com a qual de um acontecido fático não se pode extrair qualquer conclusão jurídica, vez que essa não é decorrência do fato, mas é atribuída a ele. O jurista é mordaz ao assinalar sua crítica:

a ideia de sujeito jurídico independente, na sua existência, de um Direito objetivo, como portador de um Direito subjetivo que não é menos “Direito”, mas até mais, de que o Direito objetivo, *tem por fim defender a instituição da propriedade privada da sua destruição pela ordem jurídica*.³³

Assim como a roupa invisível, é o discurso que procura dissuadir o fato de que o rei está nu, o sujeito jurídico é o artifício ideológico para a *racionalização* e *naturalização* da propriedade privada que, do ponto de vista da ciência do direito, é absolutamente contingente e pode ser abolida a qualquer tempo sem qualquer prejuízo para a ordem jurídica como um todo. Ao encerrar seu comentário, Kelsen ironiza o argumento desses juristas dispostos a qualquer artifício para manter a propriedade privada intacta: “um ordenamento que não reconheça o homem como personalidade livre neste sentido, ou seja, portanto, um

³² *Ibid.*, p. 78. Grifou-se.

³³ *Ibid.*, 191. Grifou-se

ordenamento que não garanta o direito subjetivo de propriedade – um tal ordenamento nem tampouco deve ser considerado como ordem jurídica”.³⁴

A racionalização é um mecanismo ideológico corrente. Os psicanalistas Laplanche e Pontalis definem o termo como “procedimento pelo qual o sujeito tenta apresentar uma explicação logicamente coerente ou eticamente aceitável para atitudes, ideias, sentimentos etc., cujos reais motivos não são percebidos”.³⁵ Na teoria da ideologia, a racionalização pode assumir esse aspecto definido pelos psicanalistas, de acordo com o qual há motivos subjacentes que não são percebidos pelo indivíduo, de forma que o enunciado se manifesta como um anteparo que mantém a crença do indivíduo, em que pese ela oculte algo. As possibilidades devem, entretanto, ser expandidas, de sorte que por racionalização pode expressar aquela situação em que o enunciante sabe com precisão quais são as variáveis que subjazem seu discurso e, ainda assim (ou, melhor, exatamente por isso), o enuncia com o intuito de forjar uma aparência moral ou lícita para algo que ele próprio é capaz de reconhecer como imoral ou ilícito. Trata-se de uma hipótese de manipulação. Há, ademais, outra situação em que o enunciante não se encontra em contradição com seu verdadeiro interesse, tampouco tem o intuito explicitamente manipulatório: trata-se da circunstância em que o enunciante não considera seus próprios motivos ultrajantes ou ofensivos, podendo inclusive desfrutar de certa anuência do tempo histórico, em que certas condutas são tidas como hígidas. É relevante acrescentar que não só o enunciante é interpelado pela própria ideologia, conformando-se a ela consciente ou inconscientemente, a racionalização ideológica é inclinada, sobretudo, para os receptores da enunciação: súditos, cidadãos, sujeitos de direito.

Racionalização não é o único procedimento ideológico perceptível na jusnaturalismo e suas variantes. Há a tendência de revestir de eternidade o que é historicamente contingente. A proximidade terminológica esclarece um dos aspectos especialmente salutares do jusnaturalismo: a naturalização. Indica-se, por naturalização, o trabalho por intermédio do qual uma crença – parcial, contingente, esposando uns interesses e não outros, desigualmente próspera entre os setores sociais – é convertida em dado natural, ou seja, um elemento perceptível *per se*, desprovida de parcialidade, neutra. É a conversão de certos interesses de classe em “evidência”. O evidente é capaz de inviabilizar qualquer questionamento, pois questionar o que é óbvio resulta na imputação de algum demérito ao questionador (chacotas, ofensas, descredibilidade intelectual etc.). Não raro, é considerado tendencioso justamente

³⁴ *Ibid.*, p. 191.

³⁵ LAPLANCHE, PONTALIS apud EAGLETON, 1997 p. 56.

quem questiona o óbvio, visto que a obviedade é, nessa perspectiva, um dado numenal e, como tal, dispensa qualquer interpretação (campo em que a parcialidade emergiria) na medida em que é imediatamente sorvida pelo cérebro. O epítome de Terry Eagleton merece destaque: “uma ideologia dominante não tanto combate as ideias alternativas quanto as empurra para além das fronteiras do imaginável. As ideologias existem porque há coisas sobre as quais, a todo custo, não se deve pensar, muito menos falar”.³⁶ Querendo ou não, julgando-se reacionário ou progressista, o jusnaturalismo inscreve-se nessa tradição, em que “a ideologia congela a história em uma ‘segunda natureza’, apresentando-a como espontânea, inevitável ou, assim, inalterável”³⁷. A simples designação, pelo jusnaturalismo, da natureza como fonte jurígena de preceitos inderrogáveis, baseia-se na ideia de que a natureza é estática e constante. Tal suposição, que talvez fosse “evidente” séculos atrás, quando o desenvolvimento da técnica era incipiente e a intervenção humana na natureza não era tão invasiva, é absolutamente criticável contemporaneamente se considerarmos a capacidade humana de moldar a natureza de acordo com seus próprios interesses, ou seja, mesmo uma “natureza numenal” – que dispensasse a interpretação humana para ser conhecida – seria ideológica hodiernamente, na medida em que a natureza é sempre-já uma “segunda natureza”, vez que modelada e não espontânea.

Todos esses sentidos cristalizam-se, monadicamente, na ideologia jusnaturalista do direito. Há os ideólogos *strictu sensu* que sabem muito bem que defendem apanágios por intermédio da racionalização-naturalização de normas jurídicas que, ainda que socialmente necessárias para a reprodução de um sistema social, são do ponto de vista da ciência do direito prescindíveis, relativas, contingentes. Os jusnaturalistas, de direita ou de esquerda, atrelam um sentido de justiça à norma, colando-as (norma-justa), modulando o contingente em evidente. O achatamento do justo na norma jurídica implica a redução do debate da justiça, que se relaciona com o direito, nem mais nem menos do que quanto com outros campos do saber. Justiça não é um privilégio do direito.

1.4. CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS

Cumpria resgatar o solene mistificado positivista, um retorno a Kelsen. O ensino universitário de Kelsen, frequentemente, depara-se com a ambiguidade de assumi-lo como o

³⁶ EAGLETON, 1997, p. 62.

³⁷ *Ibid.*, p. 62.

insígne jurista do século XX e, simultaneamente, como num esquecimento imediato, reduz-se o pensamento kelseniano a alguns postulados caricatos. Tal postura só é capaz de demover o interesse pelo autor, bem como pela própria Teoria do Direito como um todo. Hans Kelsen, como sugerem os prefácios à *Teoria pura do Direito*, encontrava-se perfeitamente cômico das animosidades que circundavam sua obra, sobretudo sua *magnum opus*. Reconhece que sua *Teoria Pura do Direito* suscitou “oposição feita com uma paixão quase sem exemplo na história da ciência jurídica”³⁸. Tal oposição não decorre da absoluta inovação da obra, já que ela se coloca como o desenvolvimento de uma série de postulados já presentes na ciência jurídica do século XIX. “No combate à *Teoria Pura do Direito*”, aduz Kelsen, “não atuam apenas motivos científicos, mas, sobretudo, motivos políticos”³⁹.

O conservadorismo que costuma habitar as leituras da obra de Kelsen parece-nos arraigar-se mais no intérprete do que no autor. Diferente do que se consolidou no imaginário reducionista dos juristas, há sentidos críticos em Kelsen. Separar rigorosamente direito e Justiça jamais teve como intuito menosprezar a questão da justiça. Evitar o sincretismo metodológico não significa negar a existência de relações muito íntimas e profundas entre direito e outras ciências sociais. Pelo contrário, o direito tem uma relação tão próxima com outras ciências e saberes que a dificuldade reside em autonomizá-lo.

Considerar o potencial de crítica da ideologia jurídica, a partir da Teoria Pura do Direito não implica defender a obra como o “fora da ideologia”. Há sentidos críticos valiosos e há críticas que devem ser desferidas. A pureza apregoa que a ciência jurídica se atenha a conhecer e descrever seu objeto, o direito positivo. À ciência jurídica “já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito”⁴⁰, no entanto não estaríamos nós sempre-já dispostos a inscrever um dever ser no ser do direito? Postular a pureza metodológica é um ato ideológico em si, na medida em que “a própria ideia de um acesso à realidade que não seja distorcido por nenhum dispositivo discursivo ou conjunção com o poder é ideológica”⁴¹. Ademais, é possível traçar um limite nítido entre a linguagem descritiva e a argumentativa? Não há um limite seguro para tanto, o que leva a reconhecer em toda descrição uma proposição. Por fim, ao destacar a relatividade do conteúdo normativo, Kelsen interroga a racionalização ou naturalização operada pelo jusnaturalismo, porém essa inclinação para

³⁸ Kelsen, 2012, p. XXI.

³⁹ *Ibid.*, p. XXI.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 1.

⁴¹ Žižek, Slavoj. O espectro da ideologia. IN: _____. Um mapa da ideologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 16.

reconhecer a contingência do conteúdo normativo é capaz de obnubilar a necessidade de certos conteúdos para a coesão de formações sociais. Em suma, destacar demasiado o variável, pode suscitar o efeito ideológico de recusa de certos postulados imprescindíveis. O balanço crítico do pensamento de Kelsen apresenta-nos um autor crítico, preocupado com os problemas de seu tempo e debatedor assíduo com outros teóricos do direito, ainda que certas lacunas estejam abertas à crítica.

PARTE II: A CRÍTICA (MARXISTA) A KELSEN

2.1. EM BUSCA DOS JURISTAS ESQUECIDOS: OS SOVIÉTICOS

Se Hans Kelsen costuma não ser mais que uma passagem no ensino curricular do direito, ou seja, se o grande teórico do direito no século XX frequentemente encontra-se em segundo plano, obnubilado pelo pragmatismo profissional apegado aos Códigos, que dizer dos juristas soviéticos? Efetivamente, conquanto os juristas soviéticos tenham constituído uma escola original e efervescente nos anos que se seguiram à Revolução Bolchevique de outubro de 1917, não passam de ilustres esquecidos ou, até mesmo, desconhecidos pela maioria esmagadora dos estudantes de direito, visto que foram aparentemente rejeitados como teóricos de segunda linha ou cuja produção é datada, tendo se encerrado, historicamente, nos idos da Revolução Russa. É importante não deixar esmorecer a crítica jurídica soviética. Hans Kelsen dedicou grande atenção àqueles teóricos. A prova disso são as duas obras dedicadas ao problema do direito socialista: de 1923, *Socialismo e Estado*: uma investigação sobre a teoria política do marxismo⁴² e, de 1955, os escritos *A teoria comunista do direito* e *A teoria política do bolchevismo*⁴³. É urgente pois, reexaminar o debate entre Kelsen e os soviéticos, um dos capítulos mais significativos da história recente do pensamento jurídico.

A tradição crítica soviética foi fomentada durante anos de intensa efervescência teórica e política inaugurada pela Revolução de Outubro. O Estado Soviético suscitava impasses teóricos – sob a ditadura do proletariado, caberia ao Estado definir progressivamente até o ocaso final? – e práticos, afinal, sendo destino derradeiro do Estado definir ou não, de fato era preciso, naquele momento histórico, reorganizar o aparelho de Estado, tendo em vistas as dificuldades imediatas que se impunham.

Os dois polos mais significativos da teoria soviética do direito, encontra-se representantes nos insígnies juristas Piotr Stutchka e Evgeni Pachukanis. Ambos participaram intensamente do ambiente político e intelectual da época, foram ativistas políticos ligados aos bolcheviques, exerceram funções jurídicas importantes depois de consolidada a Revolução, bem como trabalharam juntos na Seção de teoria geral do direito e do Estado.⁴⁴ Piotr Stutchka

⁴² KELSEN, Hans. *Socialismo y Estado*: una investigación sobre la teoría política del marxismo. *Sine loco*: Editorial Revista de Derecho Privado, *sine data*.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoría comunista del derecho e del Estado*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1957.

⁴⁴ NAVES, Márcio Bilharinho. Evgeni Bronislavovitch Pachukanis. IN: _____ (org.). *O discreto charme do direito burguês*: ensaios sobre Pachukanis, p. 13.

atreia o direito ao poder, com o intuito de desvelar a permeabilidade do plano jurídico às contradições sociais constitutivas da luta de classes. “O grande salto teórico de Stutchka”, assevera Alysson Mascaro, “é sua identificação do direito na história, como um arranjo que corresponde a um determinado nível da luta de classes”.⁴⁵

A crítica histórica e circunstancial de Stutchka, ao destacar a luta de classe como elemento constitutivo do direito, certamente conflita com o pensamento de Kelsen, sobretudo ao cotejar-se com a pretensão metodológica de pureza. A antinomia mais intensa, todavia, decorre do pensamento de Evgeni Pachukanis. Ao revés de Kelsen, Pachukanis derroga a noção de direito como conjunto ordenado de normas ao propugnar a *relação social* como “fonte” do direito. Concentra-se, nessa abordagem, a mais criativa teoria do direito marxista. Enquanto o pensamento jurídico de Stutchka encontra mais remissões às obras de juventude de Marx, Pachukanis estabelece paralelos com o Marx d’*O Capital*, da crítica da economia política. O método pachukaniano conduzirá a “forma jurídica” à correlata “forma mercadoria”. Enquanto Kelsen nega uma ontologia ao arguir que o direito é norma e, portanto, dever ser, Pachukanis transporta o direito da norma para o direito fulcrado na relação social mercantil, típica do capitalismo.

2.2. PRELIMINARES: MAPEANDO AS CRÍTICAS DE KELSEN AO MARXISMO

Para Kelsen, as teorias jurídicas soviéticas, edificadas sob o mote de que o direito deve ser “uma arma ideológica na luta do socialismo contra o capitalismo”⁴⁶, eram operosas para a sustentação do poder de Estado na União Soviética.⁴⁷ O materialismo histórico exerce maior influência sobre as ciências sociais do que julgam seus defensores – afirma Kelsen – ao propagar uma “tendência a rechaçar toda interpretação normativa dos fenômenos sociais, mesmo aqueles que indubitavelmente caem dentro dos domínios da moral ou do direito”.⁴⁸ O autor refere-se à tendência *antinormativa* segundo a qual os fenômenos deontológicos prescritos pela moral e pelo direito podem ser reconduzidos a causas não normativas, mormente as relações fáticas envolvidas nas relações de poder político ou econômico. Essa influência teria íntima relação com a produção teórica sobre o direito, na medida em que é

⁴⁵ MASCARO, Alysson Leandro. Pachukanis e Stutchka: o direito, entre o poder e o capital. IN: NAVES, Márcio Bilharinho (org.). *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*, p. 45.

⁴⁶ KELSEN, 1957, p. 14. “(...) un arma ideológica en la lucha del socialismo contra el capitalismo”.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 13. Traduzido do original: “tendencia a rechazar toda interpretación normativa de los fenómenos sociales, aun de aquellos que indubitavelmente caen dentro de los dominios de la moral o del derecho”.

perceptível a tendência a reconduzir os fenômenos normativos (de dever ser) aos fáticos (ser), cunhando uma mescla entre o método jurídico e o método sociológico. Consoante a interpretação de Kelsen:

o enfoque antinormativo dos fenômenos sociais é um elemento essencial da teoria marxista em geral, e da teoria marxista do direito em particular. Saber se o direito é um sistema de normas ou um conjunto de relações sociais é uma questão que representa papel decisivo na teoria jurídica desenvolvida na União Soviética sobre a base do marxismo ortodoxo.⁴⁹

O direito e o Estado não comportam uma ontologia classista como afirmam os juristas filiados ao materialismo histórico, de sorte que o adjetivo “capitalista” só pode ser afixado ao direito e ao Estado circunstancialmente, em um momento histórico dado, porém nunca ontologicamente enquanto característica indefectível. Importa, para Kelsen, depurar o substrato ideológico impregnado nos conceitos de direito e de Estado. Neste ínterim o marxismo aparece como um obstáculo a ser enfrentado em nome de uma teoria pura do direito⁵⁰.

2.3. O PONTO DE PROXIMIDADE ENTRE PACHUKANIS E KELSEN

Conquanto haja diferenças fundamentais entre o pensamento jurídico desses dois juristas, é possível apontar um tema em comum trabalhado por ambos. Como duas parábolas que se tangenciam tão-somente em um único ponto, tanto Kelsen quanto Pachukanis se dedicam a investigar a *especificidade* do direito. Evidentemente que o fazem por caminhos deveras distintos e que pretendemos explorar oportunamente. Porém esses caminhos disformes comungam a percepção de que o direito carece de uma abordagem que se proponha a enfatizar os traços distintivos e próprios da ciência jurídica.

Pachukanis define como função precípua da teoria geral do direito definir conceitos jurídicos fundamentais abstratos: norma jurídica, relação jurídica, sujeito jurídico etc. São conceitos que se manifestam de maneira homogênea nos distintos domínios do direito (direito civil, direito penal, direito processual etc.). Essas categorias fundamentais são capazes de

⁴⁹ *Ibid.*, p. 13-14. Traduziu-se de: “El enfoque antinormativo de los fenómenos sociales es un elemento esencial de la teoría marxista en general, y de la teoría marxista del derecho en particular. Saber si el derecho es un sistema de normas o un conjunto de relaciones sociales es una cuestión que representa papel decisivo en la teoría jurídica desarrollada en la Unión Soviética sobre la base del marxismo ortodoxo”.

⁵⁰ PUCEIRO, Enrique Zuleta. Presentation. IN: KELSEN, Hans. *Socialismo y Estado*, p. 19.

transpassar os ramos do direito graças ao caráter estruturante em que estão investidas, segundo Pachukanis: “as categorias jurídicas fundamentais não dependem do conteúdo concreto das normas jurídicas, (...) conservam a sua significação, mesmo quando o conteúdo material concreto se altera de uma ou outra maneira”.⁵¹ Pachukanis ressalta, contudo, que sua abordagem não se confunde com a tendência neokantiana. Para os neokantianos, as categorias fundamentais são apriorísticas e estruturam a nossa própria compreensão do que seja o direito, ou seja, fornece as condições de possibilidade para conhecer o direito. Ao contrário, o jurista soviético destaca que as categorias jurídicas fundamentais – assim como ocorreu no âmbito da economia política – são o resultado da interpretação rigorosa das relações jurídicas concretas que se manifestam na realidade.

Dissertamos acima a respeito de uma das preocupações mais acentuadas em Kelsen, qual seja, evitar o sincretismo metodológico, considerado anticientífico à medida que intersecciona domínios, fazendo o direito colidir com a psicologia, a sociologia, a ética etc. Em Pachukanis, essa preocupação não é menos importante. Vejamos o questionamento que o jurista levanta: “seria a jurisprudência capaz de evoluir para uma teoria geral do direito sem que por isso viesse a dissolver-se seja na Psicologia ou ainda na Sociologia?”⁵² Mais uma vez, como o faz constantemente, Pachukanis compara a possibilidade de tematizar o direito como um domínio peculiar do saber com o modelo representado pela economia política que cunhou seus próprios conceitos fundamentais e que, portanto, habilitou-se enquanto ciência ou saber específico.

Pachukanis não freia suas críticas diante de outros marxistas que também se propuseram a refletir sobre o direito, nem mesmo Stutchka escapa deste crivo. Pachukanis enfatiza que, frequentemente, os marxistas consideraram suficiente inserir o momento da luta de classes na teoria do direito para obter uma teoria jurídica conforme o materialismo histórico. “Porém”, escreve o jurista, “disso não podemos esperar mais do que uma história das formas econômicas com matizes jurídicos mais ou menos carregados, ou uma história das instituições, mas jamais uma teoria geral do direito”.⁵³ A objeção que Pachukanis dirige a Stutchka diz respeito, exatamente, ao fato deste ter se cingido a destacar o conteúdo de classe materializado nas normas jurídicas, deixando inquestionada a questão da própria norma

⁵¹ PACHUKANIS, Evgeni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Autêntica, 1988 p. 15.

⁵² *Ibid.*, p. 17.

⁵³ *Ibid.*, p. 20.

enquanto categoria lógica fundamental, ou seja, pende a indagação sobre as razões para que esses conteúdos de classe se presentifiquem na *forma* de normas jurídicas.⁵⁴

Cabe esclarecer que o que faz Pachukanis não pode ser definido como uma rejeição pura e simples dos estudos históricos ou sociológicos como desimportantes. O que o autor não pretende é se limitar às explicações sobre a origem histórica dos conteúdos normativos do direito. Além de analisar o conteúdo cristalizado nas normas jurídicas em diferentes momentos históricos, é significativo captar inclusive o momento formal, isto é, entender os motivos pelos quais, em certo momento histórico dado, aqueles conteúdos se expressam na *forma direito*, vez que hipoteticamente poderiam se expressar de outras formas. Reproduzindo a literalidade do autor:

Se se recusa analisar os conceitos jurídicos fundamentais, apenas se consegue uma teoria que explica a origem da regulamentação jurídica a partir das necessidades materiais da sociedade e, conseqüentemente, do fato de as normas jurídicas corresponderem aos interesses materiais de uma classe social. Contudo, fica em suspenso a análise da regulamentação jurídica propriamente dita, enquanto forma, não obstante a riqueza do conteúdo histórico por nós introduzida neste conceito.⁵⁵

Como se procurou ilustrar pela metáfora das parábolas, estamos diante do provável único ponto que, coincidentemente, anima tanto Kelsen quanto Pachukanis, qual seja, ir em busca de uma identificação da autenticidade do saber jurídico. Daqui em diante, a começar pela divergência metodológica fundamental, os dois pensadores passam a se distanciar exponencialmente.

2.4. O MÉRITO METODOLÓGICO DE KELSEN SEGUNDO PACHUKANIS

Pachukanis capta a influência de Georg Simmel no pensamento kelseniano. É de Simmel que Kelsen retira o sustentáculo para afirmar que existe um hiato abismal intransponível entre o Ser e o Dever Ser, na medida em que pertencem a ordens lógicas distintas. Do Ser não é possível deduzir qualquer postulado que implique um Dever-Ser, bem como o inverso, ou seja, do Dever-Ser não se pode deduzir o Ser. Destarte, a constatação de que algo *é* não nos habilita a concluir que o objeto em análise *deve ser* o que *é*.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 21.

Em uma matriz linguística, a separação entre ser e dever ser se faz presente na distinção da qualidade dos enunciados, de acordo com as diferentes funções exercidas: há proposições prescrições. “Pela primeira, comunicamos informações, descrevemos o mundo; pela segunda, tentamos estimular condutas por meio de ordens, conselhos ou recomendações. Pela linguagem descritiva, afirmamos que alguma coisa é; pela prescritiva, que alguma coisa deve ser”.⁵⁶ As proposições admitiriam ser avaliadas quanto à sua veracidade, podem ser verdadeiras ou falsas. Já as prescrições não permitem a avaliação da veracidade, vez que exprimem um comando. É possível acatar e obedecer ou se rebelar diante de uma ordem, porém não é possível reputá-la verdadeira ou falsa, se a ordem foi emanada ela é verdadeira, porque existe. Segundo essa perspectiva, é possível derivar logicamente uma proposição de outra proposição, bem como uma prescrição de outra prescrição, contudo jamais seria possível inferir uma prescrição a partir de uma proposição – Lei de Hume.⁵⁷

Embasando-se na cisão profunda e indefectível entre ser e dever ser, Kelsen definirá o direito como essencialmente normativo, de prescrições, enquanto que a ciência do direito, cujo propósito é o conhecimento descritivo das normas jurídicas, é propositiva. Essa dicotomia aparece na Teoria Pura do Direito com a distinção entre norma jurídica e proposição jurídica. As proposições jurídicas são *juízos hipotéticos* que narram as consequências jurídicas que, de acordo com uma ordem normativa vigente, incidem no suporte fático. Já as normas jurídicas *não são juízos*, são *mandamentos*: comandos, permissões, atribuições de poder e competência. Kelsen assevera que “o Direito prescreve, permite confere poder ou competência – não ‘ensina’ nada”.⁵⁸ E, adiante, elucida:

Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. A ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que então ele possa ser conhecido e descrito pela ciência jurídica.⁵⁹

Dando continuidade ao raciocínio, Kelsen recusa a abordagem que considera a ciência jurídica como *fonte* de direito, na medida em que cabe à ciência jurídica tão-somente

⁵⁶ TROPER, Michel. *A filosofia do direito*, p. 35.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 39.

⁵⁸ KELSEN, 2012, p. 81.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 81.

descrever o direito, “ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (...), *prescrever* seja o que for” e assevera delineando que as proposições da ciência jurídica

não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, [podem] ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verídicas ou inverídicas mas válidas ou inválidas.⁶⁰

A normatividade típica do direito insere-se na divisão epistemológica proposta por Kelsen, de acordo com a qual é possível distinguir as ciências regidas pelo princípio da causalidade daquelas regidas pelo princípio da imputação. A causalidade é o que caracteriza as ciências naturais, visto que nelas os elementos estão conectados por relações de causa e efeito que permitem sistematizações. As ciências sociais, para que sejam diferentes das ciências da natureza, precisam estar orientadas por um princípio que se afaste da causalidade. Embora reconheça a inexistência de consenso quanto à denominação, Kelsen nomeia o princípio que rege as ciências sociais de imputação. Nas ciências que investigam o homem e a sociedade há mais que meros elos causais entre fatos dotados de certa exterioridade ao indivíduo, ao revés, na imputação incide a vontade humana como elemento determinante. Tem-se, por exemplo, que uma chamada lei da natureza existe, se manifesta e influencia a vida humana independentemente de o sujeito ser consciente do que se passa, de qual é o fenômeno, quais são as causas e mesmo as consequências, há tão-somente a percepção de que algo age mesmo sem se saber direito como. As ciências naturais têm por finalidade desenvolver modelos teóricos explicativos, desvelando as relações causais dos fenômenos.

O princípio da imputação se distingue ao pronunciar o elemento volitivo que estabelece o laço entre os fatos sociais: “a imputação que se exprime no conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber, de um ilícito, com uma consequência do ilícito (...) *a consequência do ilícito é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como sua causa*”.⁶¹ Há algo de contingente e, no limite, até mesmo arbitrário nas relações entre os fatos sociais, isso porque estão associados por intermédio de um ato humano de vontade. Nesse sentido, Kelsen afirma que “na proposição jurídica não se

⁶⁰ *Ibid.*, p. 82.

⁶¹ *Ibid.*, p. 91. Grifou-se.

diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”.⁶²

Pachukanis ataca a separação kelseniana radical entre ser e dever ser asseverando ironicamente que “não podemos negar a Kelsen um grande mérito. Graças à sua lógica audaz ele levou até ao absurdo a metodologia do neokantismo, com suas duas espécies científicas”.⁶³ Deflagra, ainda, outro golpe: “o extremo formalismo da escola normativa (Kelsen) exprime, sem sombra de dúvida, a decadência geral do mais recente pensamento burguês, o qual, glorificando o seu total afastamento da realidade, se dilui em estéreis artifícios metodológicos e lógico-formais”.⁶⁴ O soviético critica a hipostasiação teórica empreendida por Kelsen ao deixar de lado as realidades concretas da vida social:

O direito igualmente nas suas determinações gerais, o direito como forma não existe somente na mente e nas teorias dos juristas especializados. Ele tem uma história real, paralela, que não se desenvolve como um sistema de pensamento mas antes como um sistema particular de relações que os homens realizam em consequência não de uma escolha consciente, mas sob a pressão das relações de produção.⁶⁵

Pachukanis propõe que o método de estudo do direito deve partir dos aspectos mais abstratos da análise da forma jurídica, estabelecendo mediações e agregando complexidade até imergir no concreto histórico. É importante para Pachukanis – e, em grande medida, é o que lhe confere um reconhecimento *sui generis* entre os teóricos marxistas que se propuseram ao estudo do direito – não limitar a compreensão do direito como uma sucessão histórica de diferentes conteúdos normativos. Ao contrário, é da máxima relevância compreender o desenvolvimento histórico da forma jurídica propriamente dita.

É válido destacar que, para Pachukanis, conquanto seja premente estudar a forma jurídica enquanto tal e evitar recair no sociologismo ou no psicologismo, o direito permanece dotado de historicidade, pois a própria forma jurídica aparece em um momento histórico determinado. Não, aleatoriamente, como o produto idealista da mente dos juristas. Ademais, a explicação mais potenciada do fenômeno jurídico é aquela que parte do momento histórico em que o direito está mais desenvolvido, pois é na expressão mais desenvolvida que a arqueologia dos conceitos pretéritos é mais profícua.

⁶² *Ibid.*, p. 87.

⁶³ PACHUKANIS, 1988, p. 19.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 34.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 33.

2.5. DO PRIMADO DA NORMA AO PRIMADO DA RELAÇÃO

Para Hans Kelsen, o estudo do que se chama “direito” nos diversos povos e diversas épocas remonta sempre a *ordens de conduta humana*. Por “ordem” entende-se um sistema de caráter normativo dotado de unidade na medida em que se possa encontrar um mesmo fundamento de validade.⁶⁶ O direito é ordem de conduta *humana*, visto que rompe com a perspectiva animística, que julgava poder regulamentar as condutas de seres inanimados ou de animais. Ademais, é uma ordem *coativa*, pois estatui sanções socialmente imanentes, (e não transcendentais) contra os atos considerados socialmente nocivos – as sanções podem tanto ser repressões ou recompensas. Já que a sanção figura como elemento caracterizador de uma ordem jurídica, Kelsen classifica as normas como autônomas ou não autônomas. A autonomia da norma é compreendida a partir da existência de uma previsão sancionadora no interior do conteúdo da própria norma. Portanto, é autônoma aquela norma que contém a sanção e não autônoma aquela norma que não possui em seu conteúdo normativo próprio uma sanção, de forma que ela remete a outra norma autônoma, que possua a sanção.⁶⁷

Portanto, para Hans Kelsen, o direito é essencialmente o primado da norma, inclusive no sentido formal, ou seja, a norma existe em sentido objetivo. O exemplo tomado pelo jurista é a comparação entre o comando jurídico e o comando emanado de um salteador. O conteúdo da ordem do salteador é tão normativo, em sentido *subjetivo*, quanto a ordem prolatada por um órgão jurídico reconhecido pela comunidade política. O que habilita diferenciar o comando do salteador do comando juridicamente legítimo não é o aspecto subjetivamente normativo. Ao contrário, a única possibilidade de diferenciar o comando jurídico, segundo Kelsen, é procurando o sentido *objetivo* do comando. E o sentido objetivo da ordem só pode ser encontrado na norma jurídica expedida pelo Poder Legislativo ou pelos tribunais, já que, para Kelsen, a decisão judicial tem caráter normativo, ainda que não possua a mesma generalidade que caracteriza a norma jurídica emanada do Legislativo.⁶⁸

Pachukanis se propõe a denunciar esse formalismo kelseniano, de acordo com o qual o direito só pode ser distinguido na presença da norma jurídica. Em vez de focar todos os esforços sobre a norma jurídica, Pachukanis aproxima o direito da materialidade social. Não basta ensimesmar o direito na pureza normativa e descolá-lo totalmente do substrato social. Isso, é evidente, não significa que o soviético postule um empirismo ou milite contra o papel

⁶⁶ Kelsen, 2012, p. 33.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 61.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 53.

da teoria na explicação da realidade. Pelo contrário, já apontamos anteriormente que Pachukanis define a tarefa da teoria geral do direito como o desenvolvimento de conceitos jurídicos fundamentais dotados de abstração. Portanto, não há negação do papel da abstração na explicação do direito. Proclama o autor: “a relação jurídica é como que uma célula central do tecido jurídico e é unicamente nela que o direito realiza o seu movimento real. Em contrapartida o direito, enquanto conjunto de normas, não é senão uma abstração sem vida”.⁶⁹

Pachukanis defende a anterioridade da relação entre indivíduos frente à existência da norma jurídica. O que fomenta a existência de uma norma jurídica é a prévia manifestação de condutas humanas concretas que acontecem na realidade. A norma jurídica não é kantianamente apriorística em relação às normas efetivamente verificadas na sociedade, não é a norma jurídica que institui os comportamentos humanos. Passa-se precisamente o inverso, é o conteúdo da realidade que informa a produção de normas jurídicas. Segundo Pachukanis:

a norma como tal, isto é, seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente das relações já existentes ou, então, representa quando é promulgada como lei estadual apenas um sintoma que permite prever com certa probabilidade o futuro nascimento das relações correspondentes. Para firmar a existência objetiva do direito não é suficiente conhecer apenas o seu conteúdo normativo, mas é necessário igualmente saber se este conteúdo normativo é realizado na vida, ou seja, através das relações sociais.⁷⁰

Aqui há um ponto fundamental que merece ser cotejado e que expressa a grande diferença de análise dos dois juristas em comento. Descrevemos como, para Kelsen, o que distinguia um comando jurídico de uma ordem arbitrária qualquer emitida ilegitimamente era a *objetividade* do comando jurídico, em descompasso com o mero caráter subjetivo da ordem dos salteadores. No excerto supracitado de Pachukanis, este jurista também postula a verificação da objetividade do direito. É importante notar que o sentido de “objetividade” é radicalmente distinto entre os dois pensadores. A existência objetiva de uma norma jurídica, para Kelsen, resulta da constatação de que um determinado comando encontra respaldo na ordem jurídica instituída. Portanto, para o normativismo a existência objetiva da norma jurídica refere-se meramente à inscrição formal daquela norma na totalidade do ordenamento jurídico.

⁶⁹ PACHUKANIS, 1988, p. 47.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 49.

Evidentemente, quando Pachukanis reivindica a avaliação da objetividade do direito, não lhe basta constatar que determinado comando encontra paralelo em uma norma jurídica estatuída formalmente no contexto de um ordenamento jurídico dado. A objetividade, em Pachukanis, diz respeito à verificação de relações sociais que correspondam a normas jurídicas que designam aquelas condutas humanas. Há, portanto, um substrato fático para que se caracterize a objetividade da norma jurídica. Para que se identifique o direito com a norma, assevera Pachukanis, o jurista normativista não pode ter qualquer compromisso com a realidade, visto que a renuncia totalmente ao se comprometer com uma visão exclusivamente técnica do direito. O jurista soviético não deixa espaço para equívocos:

se certas relações foram efetivamente constituídas, isso significa que nasceu um direito correspondente; porém, se uma lei ou um decreto foram apenas promulgados sem que na prática tivesse surgido qualquer relação correspondente, então isso significa que foi feita uma tentativa fracassada para criar um direito.⁷¹

Sem que incorra em qualquer contradição com seu enfoque concentrado na relação jurídica faticamente existente entre sujeitos jurídicos, Pachukanis reconhece que a norma jurídica atua como garante das relações sociais tuteladas pelo direito. A norma jurídica não institui relações, ou seja, as relações sociais não passam a existir em virtude da norma, amiúde elas antecedem o conteúdo normativo não só logicamente como também cronologicamente ou historicamente. Referindo-se à norma jurídica, Pachukanis afirma que “esta ordem, existente objetivamente, *garante* certamente a relação, *preserva-a* mas em nenhum caso a *cria*”.⁷² Não se trata de uma “querela verbal e escolástica”⁷³, isto é, mero jogo de palavras ou embuste discursivo. Há uma distinção fundamental, pois defender que a norma garante a relação social, isto é, confere-lhe certa blindagem não é o mesmo que asseverar que a norma jurídica cria, de cima para baixo, de um momento para outro, uma relação correspondente.

2.6. RELAÇÃO JURÍDICA, MERCADORIA E SUJEITO: UMA POSSÍVEL ONTOLOGIA JURÍDICA

Pachukanis acusa de “formalismo extremo totalmente desligado da vida”⁷⁴ a postura normativista que antepõe a norma jurídica como a matriz cognitiva do que pode ser

⁷¹ *Ibid.*, p. 49.

⁷² *Ibid.*, p. 50.

⁷³ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 51.

considerado direito. Em Kelsen, a estrutura do escalonamento normativo opera de forma tal que uma norma jurídica sempre, em qualquer hipótese, encontra respaldo em outra norma jurídica hierarquicamente superior que a avaliza. Esse é o caráter sistêmico dentro do qual este jurista compreende o direito, vez que o direito é um sistema normativo. Surge, nesse momento, uma questão que interpela ambos os juristas, ainda que de modo bastante diferente. Em Kelsen, já que existem diversas ordens normativas e nem todas podem ser chamadas de direito, como podemos demonstrar que uma determinada norma qualquer é uma norma jurídica? Em Pachukanis, na medida em que o direito não é norma senão relação social e, ademais, existem múltiplas relações sociais, portanto como determinar qual relação social é constitutiva do direito?

Hans Kelsen, como jurista formalista, resolverá a questão no interior da estrutura normativa piramidal, na qual, silogisticamente, uma norma opera como premissa maior conferindo validade para outra norma afirmada como conclusão dessa operação lógica.⁷⁵ Kelsen reconhece que essa ideia pode resultar facilmente numa progressão *ad infinitum*, pois esse fundamento lógico é concretamente absurdo, infactível. Alerta o próprio jurista: “a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável”.⁷⁶ Destarte, no ordenamento jurídico brasileiro, uma norma jurídica emanada pela autoridade legiferante municipal deverá estar em consonância com a Constituição estadual ou com a legislação federal e estas, conseqüentemente, devem ser coerentes com a Constituição da República. Até o momento, o escalonamento normativo não apresenta falhas, a dificuldade se encontra na indagação do fundamento de validade da Constituição. O que comprova a validade da Constituição? É preciso um fundamento de validade.

Consciente desse problema, Kelsen propõe a *Grundnorm*. O escalonamento normativo acima exposto é simples e capaz de explicar a fundação de uma norma em outra na medida em que se trata de normas postas por uma autoridade jurídica normativamente autorizada a isso. Uma norma *posta* encontra fundamento de validade em outra norma também *posta*. Entretanto, para que não se incorra à fundamentação *ad eternum* de uma norma posta em outra norma posta, é preciso que a norma mais elevada não seja posta, porém *pressuposta*. Essa norma pressuposta é a *norma fundamental* ou *Grundnorm*.

⁷⁵ KELSEN, 2012, p. 216.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 217.

Kelsen ainda distingue um sistema normativo estático de um sistema normativo dinâmico. O princípio estático confere validade às normas a partir do conteúdo da norma fundamental. Num sistema estático, as normas particulares são derivadas da norma geral, do conteúdo desta as normas particulares podem ser concluídas por intermédio de um raciocínio lógico. “Esta norma, pressuposta como fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica”.⁷⁷ Por outro lado, num sistema normativo regido pelo princípio dinâmico, a norma fundamental não é um conteúdo geral a partir do qual, silogisticamente, pode-se extrair conclusões, ou seja, normas jurídicas particulares. Em um sistema normativo dinâmico a norma fundamental “apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas”.⁷⁸ A norma fundamental resigna-se a delegar uma autoridade legisladora. Nenhum conteúdo pode ser extraído da norma fundamental que rege um sistema normativo dinâmico.

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de um poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.⁷⁹

Tal como assevera Hans Kelsen, a *função* da norma fundamental é “fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, isto é, interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo”.⁸⁰ É assim que o jurista austro-húngaro compreende a coesão de uma norma jurídica particular na unidade de um sistema jurídico como um todo, isto é, no interior de um ordenamento jurídico. A norma fundamental denota simbolicamente a magnitude do ataque de Pachukanis a Kelsen ao dizer que este teria levado o neokantismo ao absurdo, ou seja, a rejeição do que o jurista russo como formalismo extremo completamente desapegado da realidade.

Tal como situávamos, a indagação de como uma norma específica integra uma totalidade chamada direito também se presentifica na *magnum opus* de Evgeni Pachukanis.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 218.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 219.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 219.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 226.

Antiformalista e antinormativista, é evidente que este jurista percorre um itinerário intensamente distinto das sendas abertas por Hans Kelsen. Para este jurista a autoridade legiferante é instituída por normas jurídicas que conferem a capacidade legisladora, portanto a existência da norma jurídica não depende da precedência de uma autoridade política. Kelsen postula que a função da norma hipotética fundamental é precisamente instituir essa autoridade legiferante. É, pois, a norma (hipotética fundamental) que precede a autoridade legiferante, não o contrário. Para Pachukanis, ao contrário, “antes de analisarmos qualquer superestrutura jurídica, nós temos que pressupor a existência de uma autoridade que formule as normas, em outros termos, a existência de uma organização política. (...) *a superestrutura jurídica é uma consequência da superestrutura política*”.⁸¹

Assim como a economia política toma como pressuposto científico o homem que produz em sociedade, “a teoria geral do direito, na medida em que cuida de definições fundamentais, deveria partir igualmente dos mesmos pressupostos fundamentais”.⁸² Por não assumir o homem como ser capaz de produzir a sociedade e isolar a teoria do direito em comentários sobre a norma, a jurisprudência burguesa defende que os elementos componentes da relação jurídica decorrem exclusivamente da norma jurídica. É assim que o sujeito jurídico, seguindo a crítica de Pachukanis, aparece como mero produto da abstração normativa. A abstração normativa desconsidera o substrato histórico-social, “a existência de uma economia mercantil e monetária é, naturalmente, a condição fundamental, sem a qual todas estas normas concretas carecem de qualquer sentido”.⁸³

Pachukanis lê crítica e corretamente a construção jurídica kelseniana do sujeito. Tem razão ao descrever que Kelsen transforma o sujeito em um produto ficcional emanado da norma jurídica. Kelsen defende, explicitamente, que o conceito de sujeito jurídico não é necessário para a descrição do direito, que se trata de um mero conceito auxiliar capaz de facilitar pedagogicamente a explicação das operações jurídicas e alerta que a presença da categoria de sujeito jurídico na Teoria Pura do Direito deve ser compreendida estritamente nos limites dessa pedagogia. Analiticamente, na circunscrição da Teoria Pura do Direito, à categoria de sujeito jurídico se explica noutros termos, isto é, prescinde-se de “sujeito jurídico” enquanto conceito fundamental da teoria geral do direito – relembremos que definir os conceitos fundamentais é, para Pachukanis, exatamente a tarefa da teoria geral do direito

⁸¹ PACHUKANIS, 1988, p. 52. Grifou-se.

⁸² *Ibid.*, p. 54.

⁸³ *Ibid.*, p. 54.

e, para o jurista soviético, o sujeito jurídico é uma dessas categorias fundamentais. Está-se, mais uma vez, diante de uma contradição radical entre os dois eminentes juristas. A analítica jurídica kelseniana explica o sujeito jurídico da seguinte forma:

com a afirmação de que o indivíduo é sujeito de um poder jurídico, de uma faculdade (poder) ou competência, ou de que tem um poder jurídico, faculdade ou competência, nada mais significa senão que, de acordo com a ordem jurídica, são produzidas ou aplicadas normas jurídicas através de determinados atos deste indivíduo ou que determinados atos deste indivíduo cooperam na criação ou aplicação de normas jurídicas. Num conhecimento dirigido às normas jurídicas *não são tomados em consideração – nunca é demais acentuar isso – os indivíduos como tais, mas apenas as ações e omissões dos mesmos, pela ordem jurídica determinadas, que formam o conteúdo das normas jurídicas.*⁸⁴

Kelsen faz questão de acentuar que o indivíduo não existe para o direito enquanto categoria nem mesmo como realidade concreta. O direito, como ordem de conduta humana, refere-se apenas às ações e omissões desses indivíduos reais e, mesmo assim, essas ações e omissões são igualmente mediadas tão-somente enquanto conteúdo de normas jurídicas. Uma ação ou omissão nada possuem de intrinsecamente jurídico, de sorte que só passam a ter um significado para o direito na medida em que já estão estatuídas no ordenamento jurídico em alguma das categorias analíticas que envolvem o “sujeito jurídico”: poderes, deveres, direitos. O enfrentamento direto de Kelsen, nesse ponto, não é Pachukanis ou o marxismo, porém a jurisprudência tradicional associada ao jusnaturalismo. Conquanto Pachukanis não se alinhe com a jurisprudência burguesa e seja também um crítico dela, há momentos em que Kelsen assinala que o posicionamento de Pachukanis coincide com a jurisprudência burguesa.⁸⁵ O jurista austro-húngaro assevera que para o conceito de

sujeito jurídico é decisiva a representação ou ideia de uma essência ou entidade jurídica independente da ordem jurídica, de uma subjetividade jurídica que, por assim dizer, preexiste ao Direito, quer no indivíduo, quer em algo coletivo, e que o

⁸⁴ KELSEN, 2012, p. 189. Grifou-se.

⁸⁵ Kelsen escreve com ironia ácida contra Pachukanis: “La doctrina de que sólo el derecho privado, no el derecho público, es verdadero derecho, porque no es posible concibir al Estado, que es un hecho metajurídico, sometido al derecho, y por lo tanto como sujeto de derecho, *no es de ningún modo una doctrina específicamente marxista. Muchos autores ‘burgueses’ y especialmente juristas alemanes de actitud netamente conservadora defendieron esa doctrina*, em cuja base se encontra el dualismo de derecho público y privado, estrechamente vinculado com el dualismo de derecho y Estado, derecho subjetivo y derecho objetivo. *Y esos dualismos son un elemento característico de ciertas teorías jurídicas desarrolladas por autores burgueses*”. KELSEN, 1957, p. 138. Grifou-se.

mesmo Direito tem apenas de reconhecer e necessariamente deve reconhecer se não quer perder seu caráter de “Direito”.⁸⁶

Para Kelsen, o conceito de sujeito jurídico não só é supérfluo para o desenvolvimento da teoria do direito, como também deve ser afastado como uma artimanha ideológica jusnaturalista. A ideia do sujeito de direito, detentor de direitos, em decorrência da simples existência subjetivo-individualista é inviável pois, para Kelsen, “o direito de um existe sob o pressuposto do dever de outro”.⁸⁷ O autor propõe mesmo uma inversão paradigmática: ao invés do foco da teoria do direito recair na ideia de direito subjetivo, postula-se que o cerne da relação jurídica é a existência do dever e este dever está pautado e validado na norma jurídica. A proeminente função ideológica da subjetividade jurídica é, segundo Kelsen, a conservação da propriedade privada como inquestionável, realidade natural imanente ao humano, ao contrário de um contingente conteúdo jurídico que pode ser substituído a qualquer momento. O seguinte extenso excerto da Teoria Pura do Direito é bastante significativo do posicionamento do autor:

A função ideológica desta conceituação de sujeito jurídico como portador (suporte) do direito subjetivo, completamente contraditória em si mesma, é fácil de penetrar: serve para manter a ideia de que a existência do sujeito jurídico como portador do direito subjetivo, quer dizer, da propriedade privada, é uma categoria transcendente em confronto do Direito objetivo positivo, *de criação humana e mutável*, é uma instituição na qual a elaboração de conteúdo da ordem jurídica encontra um limite insuperável. O conceito de um sujeito jurídico independente do Direito objetivo, como portador do Direito subjetivo, redobra de importância quando a ordem jurídica que garante a instituição da propriedade privada é reconhecida como uma ordem mutável e em transformação, criada pelo arbítrio humano e não fundada sobre a vontade eterna de Deus, sobre a razão ou sobre a natureza, e, particularmente, quando a criação desta ordem é operada através de um processo democrático. A ideia de sujeito jurídico independente, na sua existência, de um Direito objetivo, como portador de um Direito subjetivo que não é menos “Direito”, *mas até mais*, do que o Direito objetivo, *tem por fim defender a instituição da propriedade privada da sua destruição pela ordem jurídica*. Não é difícil compreender por que a ideologia da subjetividade jurídica se liga com o valor ético da liberdade individual, da personalidade autônoma, quando nesta liberdade está sempre incluída também a propriedade. Um ordenamento que não reconheça o homem como personalidade livre nesse sentido, ou seja, portanto, um ordenamento que não garanta o direito subjetivo de propriedade – *um tal ordenamento nem tampouco deve ser considerado como ordem jurídica*.⁸⁸

Hans Kelsen intenta esquivar-se dessa – e de todas as outras – ideologia jurídica que vincula, indissoluvelmente, a ideia de sujeito jurídico com a defesa da propriedade privada.

⁸⁶ KELSEN, 2012, p. 190.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 190.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 190-191. Grifou-se.

Relativista que é, Kelsen não vê qualquer nexó indefectível entre propriedade privada e direito. Esse nexó é contingente, conquanto verificável nos ordenamentos jurídicos vigentes, não há razão para que seja eternizado e enraizado na forma jurídica enquanto tal. Na jurisprudência tradicional, declara Kelsen, a subjetividade jurídica é associada com o conceito de pessoa enquanto portadora de direitos e deveres. Na medida em que almeja depurar todo ranço ontológico que trace elos incorrumpíveis entre o fático e o jurídico ou entre ser e dever ser, o normativismo kelseniano desvela o que entende ser o caráter fictício do conceito de sujeito jurídico e, por extensão, do de pessoa.

Pessoa física e pessoa jurídica não são categorias jurídicas tão afastadas como se supõe frequentemente: a primeira “natural” e a segunda “artificial”. Enquanto a pessoa natural seria uma realidade que se impõe *per se*, sem a mediação das elucubrações teóricas humanas, a pessoa jurídica seria construída deliberadamente como uma analogia à noção de pessoa natural, visto que esta estaria imune às teorizações à medida que é “realidade natural”. Diferentemente da expectativa da teoria do direito tradicional, que propõe a “realidade” também da pessoa jurídica, Kelsen percorre o caminho na contramão e decreta que “também a chamada pessoa física é uma construção artificial da ciência jurídica, que também ela é apenas uma pessoa ‘jurídica’”.⁸⁹ Em suma, tanto uma quanto outra são igualmente ficções jurídicas, cuja gênese remete às normas. Não se pode dizer, com íntegra consistência, que tanto a pessoa física quanto a jurídica “possuem” direitos e deveres. É mais adequado dizer que elas *são* estes deveres e direitos, enfim “um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-somente a personificação desta unidade”.⁹⁰

É esse edifício teórico que Pachukanis, julgando ser uma hipostasiação, pretende desedificar. Para o jurista soviético, a subjetividade jurídica é categoria estruturante do direito. Ele explicita sua posição ao apontar que

o sujeito como portador e destinatário de todas as pretensões possíveis, o universo de sujeitos ligados uns aos outros por pretensões recíprocas, é que formam a estrutura jurídica fundamental que corresponde à estrutura econômica, isto é, às relações de produção de uma sociedade alicerçada na divisão do trabalho e na troca.⁹¹

⁸⁹ *Ibid.*, p. 192.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 193.

⁹¹ PACHUKANIS, 1988, p. 60.

A norma, na esteira de Pachukanis, não se constitui enquanto elemento que diferencie o direito. Isso porque existem outras normatividades que, enquanto tais, preservam a estrutura da norma sem que, com isso, possam ser chamadas de direito. Destarte, a norma não pode ser tomada como o traço diferencial do direito. É por essa razão que, segundo Pachukanis, o formalismo kelseniano é insuficiente e o enfoque deve buscar a relação jurídica concretamente existente que sustenta materialmente o sistema jurídico: “a relação jurídica não nos mostra apenas o direito em seu movimento real, mas revela igualmente as propriedades características do direito como categoria lógica”.⁹²

Ao contrário de Kelsen, para quem a subjetividade jurídica era decorrência direta da norma jurídica e sequer figurava como conceito jurídico imprescindível para a teoria do direito, Pachukanis propõe que o suporte concreto da relação jurídica é precisamente o sujeito. Destaca que “a forma jurídica, com seu aspecto de autorização, subjetiva, surge numa sociedade composta de sujeitos com interesses privados egoístas e isolados”.⁹³ E ainda acrescenta que “o que caracteriza a sociedade burguesa é justamente o fato de os interesses gerais se destacarem dos interesses privados e de se oporem a eles. E eles próprios revestem, involuntariamente, nesta oposição, a forma de interesses privados, ou seja, a forma do direito”.⁹⁴

Em oposição ao formalismo de herança neokantiana de Hans Kelsen, o materialismo histórico a que Pachukanis se filia se propõe ao estudo de toda forma social como histórica e concretamente situada. É nesse contexto que a teoria pachukaniana parte da diretriz de que “toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos. O sujeito é o átomo da teoria jurídica, o seu elemento mais simples, que não se pode decompor”.⁹⁵ A sociedade capitalista é regida pelo primado da mercadoria, todavia as mercadorias, como diz Marx, não se trocam independentemente umas pelas outras, é preciso algo que medeie a troca de mercadorias. O ator dessa mediação é o sujeito. Há um paralelismo entre a mercadoria e o sujeito pois, *pari passu*, o produto do trabalho conforma-se enquanto mercadoria portadora de valor e o homem se torna sujeito portador de direitos.⁹⁶

⁹² *Ibid.*, p. 60.

⁹³ *Ibid.*, p. 63.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 64.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 68.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 71.

2.7. DIREITO E ESTADO

Hans Kelsen recusa-se a definir direito e Estado como duas entidades diferentes e separadas, pois “aquilo que se concebe como forma do Estado é apenas um caso especial da forma do Direito em geral”.⁹⁷ O dualismo tradicional de Estado e direito, tal como designa Kelsen, assume uma contraposição entre direito e Estado ao personalizar o Estado como uma entidade diferente e independente do direito. Mais ainda, o Estado é pré-existente ao direito, bem como o pressuposto deste. O Estado se manifesta como ente *metajurídico* produtor do direito, da ordem jurídica objetiva. Narra-se tradicionalmente que, primeiramente, o Estado concebe e institui, à semelhança de um ato volitivo pessoal, o direito para, em seguida, submeter-se a ele. “Assim, o Estado é, como entidade metajurídica, (...) pressuposto do Direito e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque lhe está submetido, é por ele obrigado e dele recebe direitos”.⁹⁸

O jurista apresenta uma perspectiva crítica interessante, a partir da qual formula uma oposição ao dualismo tradicional entre Estado e direito. Segundo Kelsen, tal dualismo tem uma razão ideológica imprescindível, pois é por intermédio dessa dicotomia que o direito esposa e exerce uma função legitimadora do Estado, na medida em que, conquanto o Estado anteceda o direito, o Estado se lhe submete. A submissão do Estado ao direito emerge como uma tentativa de legitimar do poder do Estado, especialmente, porque o direito atua no interior dessa dicotomia imbuído de uma aura de justiça. Pressupõe-se que o direito legítimo, porque *justo*, estende essa capa de legitimidade ao Estado. Certamente esse ponto evoca o grande duelo de Hans Kelsen a favor da purificação ideológica do direito, ou seja, despir o ordenamento jurídico de qualquer aspiração à justiça ou à moral. O direito, para Kelsen, não coincide com o domínio dos debates em torno do justo, bem como não é o bastião da moralidade.⁹⁹

Kelsen ousa postular a *identidade de Estado e direito*. Para formular “um conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos, e, portanto, liberto de toda metafísica e de toda mística”¹⁰⁰, Kelsen recusa-se a compreender o direito em termos de organização política, mas antes, tal como ele definira o próprio direito, como ordem de conduta humana. *O Estado é uma ordem jurídica*. Por certo, nem toda ordem jurídica pode ser

⁹⁷ KELSEN, 2012, p. 310.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 315.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 316.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 316.

chamada de Estado, isso porque a organização estatal pressupõe certo nível de centralização¹⁰¹ – “o Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada”¹⁰² – de “órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das normas”.¹⁰³ Destarte, no bojo dessa perspectiva, *todo Estado é um Estado de direito*. Essa expressão é pleonástica, porém não inocentemente. Estado de direito é uma expressão que visa designar uma modalidade específica de Estado: aquele que preza pela democracia e pela segurança jurídica.¹⁰⁴

As relações superestruturais entre direito e política evocam, para Pachukanis, a necessidade de pressupor a existência de uma organização política criadora do direito, pois “a superestrutura jurídica é uma consequência da superestrutura política”.¹⁰⁵ Encontramo-nos, portanto, diante de mais uma oposição frontal entre Pachukanis e Kelsen. Pachukanis resgata a intuição de Lênin, segundo a qual a distribuição dos bens de consumo exige o aparelho de Estado burguês operando o direito e suas normas jurídicas. Lênin ainda acrescenta que o direito perderia qualquer consistência se não houver um aparelho centralizado e potente capaz de impor a observância das normas quando violadas.¹⁰⁶ Pachukanis afirma que “o poder do Estado confere clareza a estabilidade à estrutura jurídica, mas não cria as premissas, as quais se enraízam nas relações materiais, isto é, nas relações de produção”.¹⁰⁷ Para Pachukanis o Estado tem uma existência “independente e até mesmo anterior ao direito”.¹⁰⁸

2.8. ABOLICIONISMO E DIREITO SOCIALISTA

A lição de Pachukanis é de que o direito é historicamente situado, encontrado em sua forma mais desenvolvida na sociedade capitalista. No capitalismo vicejam relações de produção que transformam pessoas em mediadores de coisas, em instrumento de troca e em origem da produção de valor. O direito não é, portanto, uma forma eterna, imutável e necessária, a presença do direito não se faz ontologicamente necessária em toda e qualquer sociedade humana. Ao apontar nessa direção, Pachukanis libera o devir da determinação

¹⁰¹ “A ordem jurídica da sociedade primitiva, bem como a ordem jurídica internacional geral são ordens coercitivas completamente descentralizadas e, precisamente por isso, não são Estados”. *Ibid.*, p. 318.

¹⁰² *Ibid.*, p. 317.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 317.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 346.

¹⁰⁵ PACHUKANIS, 1988, p. 52.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 55.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 55.

sempre-já presente de que qualquer sociedade futura possuiria seu direito. Certamente, pode parecer demasiado utópico imaginar uma sociedade sem qualquer normatividade, chega a ser virtualmente inimaginável tal sociedade. Todavia, confirmar a presença insistente de qualquer normatividade não implica dizer que essa normatividade seja direito. O que o jurista soviético almeja é esclarecer a especificidade da forma jurídica não só na relação epistemológica do direito com outras ciências conexas, a preocupação não é exclusivamente gnosiológica, é também uma pretensão de distinguir uma normatividade social e historicamente específica chamada direito de outras normatividades possíveis e, até mesmo, necessárias que poderão vir a existir ou que já tenham existido em outras sociedades.

Hans Kelsen faz exatamente o contrário. Para este jurista, o direito não pode ser delimitado como portador necessário de qualquer conteúdo. O direito, kelsenianamente, é pura forma, no sentido de que o direito comporta qualquer conteúdo esperado. O direito é uma forma informe à espera de ser preenchida por qualquer conteúdo. O formalismo kelseniano significa simplesmente que o direito é conteudisticamente aberto, na esteira do que dissertamos a respeito do papel da norma hipotética fundamental segundo o princípio dinâmico. Nesse sentido, Kelsen é um relativista, pois admite que o direito comporte qualquer conteúdo e não apenas aqueles intrínsecos ao capitalismo. É dessa forma que Kelsen defendia que a propriedade privada não tem qualquer ligação ontológica com o ordenamento jurídico, o vínculo é casual e contingente, decorrente do cenário histórico e político-social. Assim o direito tanto poderia tutelar quanto coibir a propriedade privada, ao contrário de Pachukanis ao propor a existência de um nexos íntimo entre a forma jurídica e a conservação da propriedade privada.

Noutro vértice, contudo, é possível apontar que Pachukanis é mais “relativista” que Kelsen, pois este jurista relativiza o conteúdo da forma jurídica, mas a forma, ela mesma, é eternizada. O direito é omni-histórico justamente por admitir diferentes expressões conteudísticas. Ainda que não relativize o conteúdo do direito, na medida em que percebe a ligação necessária de certos elementos históricos como sustentáculos do direito, o que Pachukanis faz é relativizar a própria forma jurídica. Para Kelsen, há direito socialista tanto quanto há direito capitalista, nazifascista etc. Para Kelsen, o caráter capitalista ou socialista se configura no conteúdo das normas jurídicas. Não vê, portanto, qualquer óbice para um direito socialista. Já Pachukanis critica essa postura exatamente porque ela é negadora da historicidade do direito. Afirmo o jurista russo:

Essa tendência, ao exigir para o direito proletário novos conceitos gerais que lhe sejam próprios, parece ser revolucionária por excelência. Mas, na realidade *proclama a imortalidade da forma jurídica*, visto que se esforça por extrair esta forma de condições históricas determinadas que lhe permitiram desabrochar completamente, e se esforça por apresenta-la como capaz de renovar-se permanentemente.¹⁰⁹

Defendendo essa perspectiva, Pachukanis contrariou não só os juristas positivistas, como Kelsen, mas também os próprios juristas marxistas, tal como Stutchka, que almejavam rearranjar as categorias jurídicas em defesa do proletariado. O direito poderia figurar, para esses juristas, como um instrumento ressignificado que operaria a favor dos oprimidos. Stutchka considera que a tarefa socialista é inverter a polaridade da luta de classes no interior do direito, ou seja, o direito burguês deve ser solapado, para que emergja um direito proletário. Para Pachukanis essa alternativa é ilusória e deve ser afastada porque, em última instância, significa a perpetuação do capitalismo por intermédio da roupagem jurídica, por meio da proclamação da imortalidade da forma jurídica.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 27. Grifou-se.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hans Kelsen e Evgeni Pachukanis, ambos foram críticos da ideologia jurídica, cada qual ao seu modo, por certo. Apesar das muitas controvérsias entre os dois juristas, que foram em parte cotejadas nas breves páginas anteriores, o pensamento de ambos é fecundo e estendeu raízes em distintas tradições de pensamento sobre o direito. A busca da especificidade do direito frente às outras ciências e diante dos demais fenômenos da vida social foi o cerne da experiência intelectual criativa dos dois. Por consequência, o reverso da investigação sobre o que caracteriza o direito é a tentativa de compreender o que se imiscui, confunde-se, obnubila, o direito. Portanto, o esforço de reconhecer o que é o direito implica a necessidade de demonstrar, também e simultaneamente, o que o direito não é. O não ser do direito é chamado de ideologia jurídica. Definir o direito, expor suas determinações essenciais, é depurar as ideologias que impregnam o saber jurídico, é um trabalho de desvelamento.

Tanto um jurista quanto o outro se recusaram a acatar as teses jurídicas do jusnaturalismo. No caso de Kelsen, é possível dizer que a mira da Teoria Pura do Direito pretende acachapar precisamente o direito natural. Para este jurista, as teses sustentadas pelos jusnaturalistas promovem a racionalização e naturalização de situações que são historicamente contingentes em postulados imprescindíveis decorrentes da razão, da natureza, de Deus ou qualquer outro fundamento ontológico transcendental. A crítica da ideologia jurídica, em Kelsen, pode-se dizer idealista. A ideologia, no pensamento do autor, parece indicar um conjunto de ideias que oculta a verdade, ideias que justificam as ideias daqueles que se encontram no poder. Ideologia é um anteparo espectral de irreabilidade artificialmente construída por intermédio de empreendimentos retóricos. Ideias que esposam interesses particulares, de classe, de grupos de poder, como se universais fossem quando, na verdade, são marcadamente contingentes. A crítica da ideologia jurídica é, portanto, em Kelsen, o esforço para desnaturalizar todas essas ideias historicamente contingentes defendidas como universais, invariáveis e inatas ao humano. A resposta de Kelsen aos ideólogos jusnaturalistas é afirmar que o direito não está vinculado a qualquer conteúdo, tudo é admissível porque a norma jurídica é pura forma capaz de comportar qualquer ideia proveniente de qualquer espectro político. É a rejeição da moral e da justiça como parâmetros do direito o que viabiliza observar a norma jurídica como a forma que permite abarcar qualquer conteúdo.

Pachukanis não é menos crítico do jusnaturalismo ou da ideologia jurídica. O jurista soviético funda-se no modelo científico cunhado por Marx para a economia política. Marx critica a economia política de então como burguesa e, portanto, ideologicamente contaminada. A economia política clássica assumia a realidade histórica existente como se fosse toda a realidade possível, a realidade necessária e imutável. Tomavam-se as relações sociais daquele momento histórico como as relações sociais naturais. É revelador como a postura de “descrever” a realidade – mesmo desconsiderando as fragilidades linguísticas do binômio descrição/argumentação ou juízo de fato e juízo de valor – não é menos ideológica que a defesa direta e explícita de uma concepção de sociedade ou de humanidade. Pachukanis admite que as categorias jurídicas interpelam as consciências e nelas produzem efeitos, porém não se conforma e recusa com veemência qualquer tentativa de psicologismo solipsista que leve à redução do direito à experiência jurídica psicológica individual.

Conquanto tanto Kelsen quanto Pachukanis promovam a crítica da ideologia jurídica, enquanto Kelsen empreende uma crítica das ideias, idealista, Pachukanis almeja uma crítica materialista da ideologia. Se, para Kelsen, as ideologias jurídicas eram ideias concebidas para defender interesses políticos de grupos específicos em nome da universalidade e da naturalidade, Pachukanis mapeia a gênese material dessas ideias, que não são “concebidas” deliberadamente para ocultar os interesses de classe e, sim, são decorrência de certas realidades materiais e históricas. No descompasso entre os dois autores, ainda são perceptíveis os ecos metodológicos e epistemológicos radicalmente distintos. A cisão absoluta entre ser e dever ser permite a Kelsen crer que de um mesmo ser, isto é, de uma única realidade histórica concreta, é possível extrair uma miríade de soluções ideológicas. Por tudo ser *virtualmente* ou abstratamente possível, Kelsen depreende que, de fato, tudo é possível, ou seja, depreende que qualquer normatividade pode decorrer de um mesmo ser. A ligação entre ser e dever ser é ontologicamente ausente, o que permite que se conceba uma relação arbitrária entre dois campos que magneticamente se repelem, pois nunca se tangenciarão.

A tarefa epistemológica de Pachukanis é oposta. Ao invés de proclamar a incoerência estrutural entre um plano deontológico e um plano ontológico, o jurista soviético almeja precisamente desvelar a ponte que une ser e dever ser. O ser não é concebido exclusivamente como potência cuja passagem ao ato pode se predicar de múltiplas formas. Para Kelsen, o ser é potente e, mesmo quando se atualiza em ato, não esgota sua potência de ser outro e não mesmo. Pachukanis, ao contrário, apreende as formas jurídicas como expressões não arbitrárias da realidade material. Não cabe, portanto, concluir, segundo Pachukanis, que do

direito capitalista seja possível provir a abolição da propriedade privada ou a extinção da forma valor, visto que é o próprio valor de troca que estrutura o sistema jurídico sob o capitalismo.

É compreensível que a razão estritamente, quiçá exclusivamente, lógica de Kelsen o conduza à conclusão sobre a intangibilidade dos planos ontológico e deontológico. É coerente, em termos lógicos, negar qualquer contato entre ser e dever ser, visto que da constatação de que algo é só a incidência de um postulado moral é capaz de inferir que aquilo que é também deve ser. O raciocínio lógico é linear e não acolhe a contradição. É por isso que a solução do abismo entre ser e dever ser não pode ser lógica e sim dialética. É o pensamento dialético que tem a habilidade de inserir em si a contraditoriedade sem se auto-obliterar. Uma dialética baseada na historicidade está apta a revelar que os planos ontológico e deontológico não se repelem mutuamente *ad eternum*. Certamente, a crítica dos artifícios naturalistas deve ser recepcionada, na medida em que o jusnaturalismo transcendentaliza certos conteúdos normativos como inevitáveis e invariáveis, o que resulta, indefectivelmente, naquela defesa dos interesses particulares de grupos no poder.

É necessário, entretanto, cogitar outra hipótese não menos ideológica, que é o exato oposto da naturalização imobilizadora: a relativização extrema. É possível arguir que o relativismo kelseniano é ideológico nesse sentido. Ou seja, com a afirmação de que não há determinações determinantes, são ocultadas aquelas formas sociais que são inerentes a um momento histórico dado e não à eternidade da História humana. É possível defender, portanto, que, conquanto não haja uma ontologia jurídica omni-histórica e perpetuamente verificável em qualquer modelo de sociedade, há uma ontologia do ser social. Pachukanis inclina-se nesse sentido, ao apurar a íntima relação do valor de troca e da forma jurídica em face do sujeito de direito. É certo que, para Pachukanis, o direito possui apenas essa única forma, de modo que qualquer outra manifestação normativa distinta não pode ser chamada de direito. Parece-nos imprescindível destacar que nem toda normatividade pode ser chamada de direito. Sincronicamente, numa mesma sociedade, convivem diversas normatividades que não se reduzem ao direito e, de forma análoga, diacronicamente, diferentes sociedades no tempo caracterizam-se pelas normatividades mais particulares e estranhas ao direito monista centrado no Estado. Deixaremos inconcluso esse aspecto, sendo suficiente levantar a dúvida a respeito de ser essa forma jurídica capitalista a única expressão possível do direito, mesmo que neguemos a absoluta relativização do conteúdo jurídico assinalada por Hans Kelsen.

Em suma, é possível aferir uma ontologia do ser social, uma ontologia histórica imanente em oposição à ontologização naturalizante do jusnaturalismo. A ontologia do ser social permite verificar que há certos conteúdos jurídicos necessários em determinado momento historicamente situado. A proposição de Kelsen, segundo a qual qualquer conteúdo pode ser assimilado pela norma jurídica, permanece abstratamente correta, mas só abstratamente. Acontece o enlace histórico entre os planos ontológico e deontológico, o que impõe “fôrma” à forma jurídica e, na “fôrma”, nem todo conteúdo pode ser encaixado ou, se puder, o conteúdo é assimilado na função de estofo ou preenchimento de uma forma pré-formada. Pode-se dizer, também, que toda forma é forma de um conteúdo, isto é, que a “pura forma” é uma abstração materialmente inviável, subsistente tão-somente enquanto abstração.

Provisoriamente, pois, essa conclusão aponta em duas direções. Primeiramente, o relativismo absoluto kelseniano deve ser rejeitado como não menos ideológico que as justificações naturalizantes. Em seguida, acolhemos a tese pachukaniana de que há uma relação determinante entre forma valor e forma jurídica. Deixamos em suspenso, desta posição, que a forma jurídica seja unicamente capitalista, embora estejamos de acordo que, particularmente no capitalismo, a forma jurídica remete-se à mercadoria e ao valor de troca.

Uma das objeções que se faz a Pachukanis é a de que sua proposta teórica recairia num economicismo. Segundo essa tese, o jurista soviético reduziria o direito à economia. Tal proposição não parece fiel ao empreendimento teórico pachukaniano, na medida em que o que o autor busca é exatamente o inverso, ou seja, reconhecer a especificidade jurídica do direito. Pachukanis polemizou contra os marxistas que pretendiam ler o direito como um fenômeno superestrutural imediatamente decorrente das relações econômicas. Por certo, Pachukanis mapeou os nexos íntimos entre a forma valor, estruturante na economia, e a forma jurídica, edificante do direito. Todavia, o direito permanece como realidade autônoma, mesmo quando Pachukanis defende o entendimento de que a relação social de troca de mercadorias é anterior e serve de base para a criação da norma jurídica. O direito não pode ser reduzido ao reflexo imediato das relações econômicas, já que possui uma lógica própria de operar por intermédio de seus particulares conceitos fundamentais, que o consolidam como ciência específica não confundida com a economia política, mesmo que Pachukanis se remeta a esse modelo reiteradamente.

Amiúde Kelsen é criticado por supostamente ser o defensor da pureza do direito. É importante ressaltar que a pureza não é atributo descritivo do direito e sim uma tarefa da teoria do direito, da ciência jurídica. Pura é a teoria do direito e não o direito ele mesmo.

Parece-nos que Kelsen está absolutamente consciente de que o direito, em sua gênese histórico-social, é integralmente permeado por interesses políticos, econômicos, postulados morais, influências religiosas e toda a complexidade de fenômenos sociais que incidem no direito. A expectativa de Kelsen é forjar uma Teoria Pura do Direito, distinguindo prescrição jurídica, atributo da norma, de proposição jurídica, produto descritivo da teoria do direito ao se debruçar sobre o material normativo. Kelsen dirá que a função do jurista, enquanto cientista do direito, é elencar todas as possibilidades de interpretação de uma norma jurídica dada. Isso deve ser feito de maneira neutra, sem que se manifeste preferência por uma interpretação ou outra. Evidentemente, essa posição é deveras frágil ao esperar uma disposição “religiosamente” científica do jurista teórico. Ademais, Kelsen acerta ao propor que um mesmo texto normativo pode fornecer diferentes e até mesmo contraditórias interpretações. Por outro lado, no entanto, ele ignora que a potência interpretativa de um certo enunciado costuma não ser de conhecimento imediato do jurista, o que impede que ele elenque todas as proposições interpretativas decorrentes da prescrição jurídica.

De fato, intrassistemicamente, são poucas as críticas que se pode fazer a Kelsen. Uma das deficiências que podem ser abordadas, na esteira de concluir, é a relação entre validade e efetividade da norma jurídica. Para Kelsen, o que caracteriza uma norma como pertencente ao ordenamento jurídico e não a outro ordenamento qualquer é a validade da norma jurídica em face de outras normas, visto que o sistema kelseniano é normativamente fechado. Acontece que o próprio Kelsen admite que a norma jurídica necessita de um mínimo de adesão na vida social. Caso não se verifique essa observância mínima, Kelsen não conclui tão-somente pela não efetividade da norma jurídica na vida social. Ele vai além ao propor que é a validade mesma da norma jurídica que é derogada. É preciso indicar esse fato como uma contradição intrassistêmica em face do projeto epistemológico kelseniano. É sempre inevitável retornar à cesura entre ser e dever ser, à medida que é a raiz epistemológica a partir da qual o jurista edifica seu empreendimento teórico. Ao dizer que a norma jurídica, mais do que validade, precisa de efetividade, mesmo que mínima, Kelsen está contrariando a cisão rigorosa que ele mesmo estabeleceu entre ser e dever ser. Efetividade é aferível no plano do ser, enquanto a validade é constatável no plano do dever ser. Portanto, Kelsen estabeleceu um vínculo entre ontologia e deontologia jurídicas em oposição à diretriz epistemológica que ele tanto se esforça para defender.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

CORREAS, Óscar. El otro Kelsen. IN: _____. *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma do México, 1989, p. 27-55.

EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. São Paulo: Boitempo/Unesp, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

KELSEN, Hans. Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. IN: CORREAS, Óscar. *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma do México, 1989, p. 283-317.

_____. *Socialismo y Estado: una investigación sobre la teoría política del marxismo*. *Sine loco*: Editorial Revista de Derecho Privado, *sine data*.

_____. *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1957.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Pachukanis e Stutchka: o direito, entre o poder e o capital. IN: NAVES, Márcio Bilharinho (org.). *O discreto charme do direito burguês*. Campinas: Unicamp, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2009, p. 45-52.

NAVES, Márcio Bilharinho. Evgeni Bronislavovitch Pachukanis. IN: _____. (org.). *O discreto charme do direito burguês*. Campinas: Unicamp, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2009, p. 11-19.

PACHUKANIS, Evgeni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj. O espectro da ideologia. IN: _____. *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 7-38.